

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ – UFPR
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO E DOUTORADO**

HELEN HARTMANN

O SILÊNCIO DO ARGUIDO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

**CURITIBA
2010**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ – UFPR
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO E DOUTORADO**

HELEN HARTMANN

O SILÊNCIO DO ARGUIDO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Celso Luiz Ludwig

Coorientador: Prof. Tit. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

Curso de Mestrado em Direito das Relações Sociais

**CURITIBA
2010**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ– UFPR
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO E DOUTORADO**

HELEN HARTMANN

O SILÊNCIO DO ARGUIDO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre, no Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

ORIENTADOR: _____

Prof. Dr. Celso Luiz Ludwig

Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa

Curitiba, __ de _____ de 2010.

**Agradeço
e dedico este trabalho
ao(s) que
fala(m)
e
cala(m)
em mim.**

À Ana Hartmann (*in memoriam*).

Para Roberto e Dennis.

SUMÁRIO

RESUMO	ix
ABSTRACT	x
RIASSUNTO	xi
INTRODUÇÃO	1
1 FUNDAMENTOS POLÍTICOS DO DIREITO AO SILÊNCIO	05
1.1 O DIREITO AO SILÊNCIO E OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	06
1.2 O DIREITO AO SILÊNCIO NA ANTIGUIDADE	09
1.3 O DIREITO AO SILÊNCIO NO MEDIEVO CONTINENTAL OCIDENTAL	15
1.4 O DIREITO AO SILÊNCIO NO MEDIEVO OCIDENTAL INSULAR	20
1.5 O DIREITO AO SILÊNCIO NA FORMAÇÃO DOS ESTADOS MODERNOS	26
1.6 O DIREITO AO SILÊNCIO NA MODERNIDADE	28
1.7 O DIREITO AO SILÊNCIO NA CONSTITUIÇÃO NORTE-AMERICANA	32
1.8 O DIREITO AO SILÊNCIO NO BRASIL COLÔNIA	35
1.9 O DIREITO AO SILÊNCIO NO BRASIL IMPÉRIO	40
1.9.1 A Constituição de 1824	40
1.9.2 A reforma de 1841	44
1.9.3 A reforma de 1871	46
1.10 O DIREITO AO SILÊNCIO NO BRASIL REPUBLICANO	47
1.10.1 Algum contato com o Código de Processo Penal de 1941	49
2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO DIREITO AO SILÊNCIO	51
2.1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	51
2.2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	53
2.3 O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	54
2.4 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO	57
2.5 O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA	59
3 APORTES PARA UMA FUNDAMENTAÇÃO FILOSÓFICA E PSICANALÍTICA	62
3.1 O PARADIGMA DA FILOSOFIA DA LINGUAGEM	64
3.1.1 O Paradigma da Linguagem em relação ao Paradigma do Sujeito	64
3.1.2 A Ontologia Fundamental de Martin Heidegger	68
3.1.3 Heidegger e sua não referência a Freud	77
3.2 O PARADIGMA DA FILOSOFIA DA VIDA	78
3.2.1 O Contexto da Filosofia de Enrique Dussel	79
3.2.2 A Estrutura da Filosofia de Enrique Dussel	82
3.2.3 A Subsunção do Pensamento de Freud em Dussel	83

3.3 ALGUNS APONTAMENTOS SOBRE A PSICANÁLISE REUD-LACANIANA.....	85
3.3.1 O Inconsciente	86
3.3.2 A Pulsão	88
3.3.3 A Civilização e a Cultura.....	91
3.4 LINGUAGEM, (PULSÃO DE) VIDA E (PULSÃO DE) MORTE.....	95
3.4.1 A Negação da Vida Negada como Afirmação da Vida.....	97
3.4.2 O Silêncio enquanto Não-Ser	99
3.4.3 Um Inalcançável na Linguagem.....	104
4 O DIREITO AO SILÊNCIO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988.....	106
4.1 UM CONCEITO DO QUAL SE PROPÕE PARTIR.....	109
4.2 O SILÊNCIO ENQUANTO DEFESA	110
4.2.1 As Modalidades de Defesa.....	110
4.2.2 A Titularidade do Direito	112
4.2.3 O Silêncio no Interrogatório.....	112
4.2.3.1 A Natureza Jurídica do Interrogatório.....	113
4.2.3.2 A Defesa Técnica no Interrogatório	117
4.2.3.3 A Natureza Jurídica do Direito ao Silêncio	120
4.2.3.4 A Disciplina do Interrogatório no Projeto de Lei 156/2009-PLS.....	121
4.3 O SILÊNCIO E A QUESTÃO PROBATÓRIA	135
5 DA EFETIVIDADE DO DIREITO AO SILÊNCIO..	141
5.1 PERANTE A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.....	141
5.2 PERANTE A REDAÇÃO ORIGINÁRIA DO ARTIGO 186 DO CPP.....	142
5.3 PERANTE A REFORMA DO CPP (LEI 10.792/2003).....	144
5.4 PERANTE A JURISPRUDÊNCIA.....	145
CONCLUSÃO	152
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	156

RESUMO

A primeira Constituição brasileira a consagrar expressamente o direito ao silêncio foi a Constituição da República de 1988 (inciso LXIII do artigo 5.º). O Código de Processo Penal em vigor, por sua vez, prevê, desde 1941, o direito ao silêncio (artigo 186); este dispositivo, entretanto, ao admitir que do exercício do direito ao silêncio pudessem emanar prejuízos ao cidadão que o invocasse, inviabiliza a efetividade material do direito. Com o advento da CR de 1988, tem-se revogada esta redação do artigo 186 do CPP; na prática, porém, o exercício do direito ao silêncio por parte do cidadão continuou frequentemente interpretado em seu desfavor. A Lei n.º 10.792, promulgada em 1.º dezembro de 2003, alterou, dentre outros, o artigo 186 do CPP: acrescentou-lhe o parágrafo único, pelo qual não se admite interpretar o exercício do direito ao silêncio em prejuízo da defesa. Não obstante, novamente, a realidade de quem exerce ou poderia exercer o direito ao silêncio pouco se alterou. Faz-se pertinente, portanto, estudar o direito ao silêncio no direito processual penal brasileiro para compreender seu alcance e (in)efetividade material. A compreensão do direito ao silêncio em âmbito processual penal se confunde com a própria evolução histórica dos sistemas processuais penais. Para tanto, estuda-se sua evolução política e jurídica, perpassando de certa forma por elementos de filosofia e psicanálise. Evidencia-se que o seu significado é mutável e pode ser constantemente depurado (ou desvirtuado) de acordo com os valores e interesses predominantes. Propõe-se um entendimento do direito ao silêncio de acordo com a CR de 88, de modo que se rechaçam quaisquer sentidos que lhe sejam atribuídos diferentes de um não-ser em âmbito jurídico. Refuta-se a exigência de demonstração de um prejuízo além do que já existe em decorrência do seu desrespeito. Imprescindível à sua concretização, muito além de alterações legislativas, é uma autêntica mudança de mentalidade por parte da comunidade jurídica e da sociedade em geral, de modo tal que se possa efetivamente tratar o arguido em âmbito processual penal como sujeito titular dos direitos e das garantias consagradas pela CR de 1988.

Palavras-chave: Constituição da República; Direito Processual Penal; Reforma Processual Penal; Direito ao Silêncio; Privilégio contra a auto-incriminação.

ABSTRACT

The first Brazilian constitution that made explicit the right to stay silent was the Republic Constitution (CR) of 1988 (Article 5, Section 63). Even though the Criminal Procedure Code in force ensures, since 1941, the right to stay silent (Article 186), this legal device precludes the material effectiveness of the right by admitting that from the exercise of the right to stay silent could emanate damage to the citizen who is pleading. With the CR 1988 advent, the writing of the Article 186 of the CPP was revoked; in practice, however, the citizen right to stay silent continued often interpreted to his disadvantage. The Law 10.792, promulgated on 1 December 2003, amended, among others, the CPP Article 186: a single paragraph was added, so that the right to stay silent cannot be interpreted at the defense disadvantage. However, still, the reality of who exercises or could exercise the right to stay silent has changed little. Hence, it is relevant to further understand the right to silence in the Brazilian criminal proceeding, regarding its scope and material (in) effectiveness. In the context of criminal procedure, the comprehension of the right to silence blends with the actual historical evolution of criminal procedure systems. Accordingly, we study political and legal developments that somehow are associated with elements of philosophy and psychoanalysis. Evidently, its meaning is constantly changing and can be refined (or distorted) in accordance with the prevailing values and interests. It has been proposed an understanding of the right to stay silent in agreement with the CR 88, so that we reject any given sense that is different of non-being in the legal sphere. It is refuted the requirement of proof of harm beyond what already exists, as a result of its disregard. As for its achievement and beyond legislative changes, it is indispensable a real change in mentality of the legal community and society in general, so as to effectively consider the accused in criminal proceedings as the titular of the rights and guarantees consecrated by the CR 1988.

Keywords: Constitution of the Republic; Criminal Procedure Law; Criminal Procedure Reform; Right to stay silent; Privilege against self-incrimination.

RIASSUNTO

La prima costituzione brasiliana per consacrare espresso il diritto al silenzio è stata la costituzione della Repubblica del 1988 (proposta interpolata LXIII dell'articolo 5.^o). Il Codice di Procedimento Criminale nel vigore, a sua volta, prevede, dal 1941, il diritto al silenzio (articolo 186); questo dispositivo, tuttavia, quando ammettono che della esercitazione del diritto al silenzio potrebbe emanare i danneggiamenti del cittadino che lo avesse invocato, rende impraticabile la efficacia materiale dello diritto. Con l'avvenimento della CR di 1988, è stato revocato questa scrittura dell'articolo 186 del CPP; in quello pratico, tuttavia, la esercitazione del diritto al silenzio da parte del cittadino há continuato interpretata frequente in suo disfavore. La legge n.^o 10.792, promulgata in 1.^o dicembre di 2003, há modificato, tra altri, l'articolo 186 del CPP: ha aggiunto ad esso l'unico paragrafo, per cui non se ammette interpretare il diritto al silenzio in danni della difesa. Non ostante, ancora, la realtà di chi impiega o potrebbe impiegare il diritto al silenzio poco si ha alterato. Uno diventa pertinente, quindi, studiare il diritto al silenzio nella legge procedurale criminale brasiliana per capire su estensione ed (in) efficacia materiale. La comprensione dello diritto al silenzio nella portata procedurale criminale si confonde con lo sviluppo storico adeguato dei sistemi procedurali criminali. Per tanto, si studia su evoluzione política e legale, perpassando di determinata forma per elementi di filosofia e di psychoanalysis. Farsi notare che suo significato è variabile e può essere purificato costantemente (o erroneamente modificato) in conformità con i valori e interessi predominanti. Si propone un accordo dello diritto al silenzio in conformità con la CR di 1988, nel senso che se scarti qualsiasi sensi che gli siano attribuiti differente di uno non-essere nella portata legale. Confutasi il requisito della dimostrazione di danni oltre quelle che già esiste nel risultato del relativo disrispetto. Essenziale alla sua effectuazione, molto di là delle alterazioni legislativi, è un cambiamento autentico della mentalità da parte della Comunità legale e della società generale, nel senso tali che se può trattare efficacemente l'arguido nella portata procedurale criminale come elemento portante dei diritti e delle garanzie consacrate per la CR di 1988.

Parola-chiave: Costituzione della Repubblica; Legge procedurale criminale; Riforma procedurale criminale; Diritto al silenzio; Privilegio contro l'auto-accusa.

INTRODUÇÃO

A cada um dos cidadãos brasileiros é garantido o direito de se manter silente frente a quaisquer espécies de abordagens em âmbito processual penal por parte de agentes estatais.

Trata-se do *direito ao silêncio*¹, pelo qual se entende, em um primeiro momento, o direito que o cidadão detém de ser advertido da possibilidade de invocar a prerrogativa de calar, perante questionamentos referentes a eventuais acusações ou perquirições, quanto à sua participação no pólo ativo dos crimes e, de consequência, nos *casos penais*².

Em que pese já ser possível inferi-lo de alguns dos modelos constitucionais pregressos, o direito ao silêncio foi explicitamente positivado pela primeira vez na Constituição da República de 1988, através do inciso LXIII do art. 5.^o³.

Em sede infraconstitucional, desde 1941, o Código de Processo Penal estipulava, pela redação original do artigo 186, que o magistrado tem o dever de observar ao réu que não é obrigado a responder as perguntas que lhe são feitas. Pelo mesmo dispositivo, entretanto, o silêncio do réu poderia ser interpretado em prejuízo da sua defesa. Mesmo depois do advento da CR de 1988, o artigo 186 do CPP seguia sendo aplicado da forma como previa a redação original e, portanto, de modo inconstitucional.

Em dezembro de 2003, a Lei n.º 10.792 alterou, dentre outros, o *caput* artigo 186 do CPP e lhe adicionou um único parágrafo, no qual se tem que o silêncio, além de não significar uma confissão, não pode ser interpretado em

¹ “Consiste, destarte, e ao mesmo tempo, na **proteção ao silêncio do imputado**, e, por via de consequência, **contra a sua auto-incriminação** [grifos no original].” (TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 392); “...o direito ao silêncio é uma garantia constitucional de que ninguém é obrigado a depor contra si mesmo, a produzir provas ou praticar atos lesivos à sua defesa.” (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MORAES, Maurício Zanoide. *Direito ao silêncio no interrogatório*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 6, p. 138, abr./jun. 1994).

² Vide: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1999, *passim*.

³ Inciso LXIII, art. 5.^o da CR: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

prejuízo da defesa. Nada obstante, mesmo após essa alteração no CPP, na prática o exercício do direito ao silêncio por parte do arguido segue sendo compreendido de forma prejudicial à defesa e inconstitucional.

Esta pesquisa tem por objetivo, ao final, demonstrar o desrespeito ao direito ao silêncio do arguido no cotidiano forense tanto depois do advento da CR de 1988, quanto da alteração pontual do CPP proporcionada pela promulgação da Lei n.º 10.792 de 2003.

Desrespeito, portanto, que se deseja demonstrar como sintomático de uma determinada forma de tratar o acusado e de pensar e fazer processo penal.

A jurisprudência, como se verá, segue não raro entendendo erroneamente o silêncio (i) como uma confissão, um meio ou um indício de prova, (ii) como indolência ou desrespeito por parte do arguido, (iii) como um elemento para a formação do convencimento do magistrado (este entendimento é previsto pelo CPP, na redação original do artigo 198, que assim se mantém até os dias de hoje).

Em âmbito processual penal, o silêncio do arguido precisa ser entendido como um *não-ser* (na acepção de um *não-alcançável-pela-linguagem*) se se quer lhe conferir sentido hermenêutico conforme a Constituição da República e de acordo com o critério da produção, reprodução e desenvolvimento da vida concreta de cada sujeito, na linha da Filosofia da Libertação de Enrique Dussel.

Para chegar ao objetivo estipulado escolhe-se traçar o caminho que ora se anuncia. A rigor, o grande esforço desta pesquisa se deu no sentido de propor um resgate histórico-hermenêutico do tratamento do direito ao silêncio como forma de demonstrar que a construção de sentido que se estrutura sobre o tema é capaz de aferir quão democrático ou autoritário se faz um ordenamento processual penal. Para tanto, a proposta é investigar a forma como os sistemas processuais penais tratam o acusado e como trabalham, no interrogatório, a possibilidade efetiva de calar em relação ao problema da confissão e da tortura.

Pretende-se, assim, colocar em evidência o direito ao silêncio como critério de aferição do tratamento do arguido como sujeito do processo – não como objeto, como não raro ainda muito se constata, o que coloca em evidência a opressão e negação da vida de todos os que se veem processados criminalmente –, de modo tal que lhe seja possível exercer sua defesa de forma ampla e paritária. Portanto, nesse primeiro capítulo, traça-se o caminho de uma abordagem político-hermenêutica do direito ao silêncio em função do problema da configuração da matriz dos sistemas processuais penais.

O objetivo do segundo capítulo, por sua vez, tomando-se como marco os princípios jurídicos da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência, da ampla defesa, do devido processo legal, do contraditório e do privilégio contra a auto-incriminação, é fundamentar o direito ao silêncio em continuidade à investigação político-hermenêutica, pela qual o estudo do silêncio perante os sistemas processuais penais são remetidos.

No terceiro capítulo sustenta-se o respeito ao exercício do direito ao silêncio na qualidade de *não-ser* (de *não-alcançável-pela-linguagem*), tomando-se como marcos teóricos primeiramente o paradigma da linguagem (pelo viés heideggeriano) e o paradigma da vida (desde a marca da filosofia da libertação da Enrique Dussel). Nesse curso, constata-se que a hermenêutica heideggeriana não trabalha o “outro” do discurso pulsional da psicanálise freud-lacaniana, embora a Filosofia da Libertação o faça; desde essa análise, percebe-se a necessidade de recorrer a aportes psicanalíticos. Para tanto, antes, identifica-se o momento de subsunção da teoria crítica freudiana por parte da Filosofia da Libertação. Nesse capítulo, o objetivo específico é abordar algumas noções fundamentais que permitam, no futuro, aprofundar e amadurecer as bases conceituais necessárias para construir hipóteses de fundamentações que se poderiam denominar de filosóficas e psicanalíticas para o direito ao silêncio em sede processual penal.

No quarto capítulo, tomando-se como baliza o levantamento histórico-político realizado e a CR de 1988, propõe-se uma noção elementar de direito

ao silêncio a partir da qual se trabalham algumas implicações elementares, dentre as quais a defesa do acusado, o interrogatório, e a questão probatória. Ao tratar do interrogatório, abordam-se também alguns aspectos do Projeto de Lei n.º 156/2009-PLS.

Finalmente, em um último capítulo, a questão do respeito ao exercício do direito ao silêncio e sua efetividade na pragmática processual penal brasileira é abordada perante quatro marcos, quais sejam: (i) a Constituição da República de 1988, (ii) a redação originária do artigo 186 do CPP, (iii) a redação reformada no CPP pela Lei n.º 10.792/2003, (iv) a jurisprudência.

Portanto, a metodologia adotada recusa a pretensão da teoria hermenêutica tradicional (pela qual seria possível relacionar e adequar sujeito e objeto ou descobrir a essência – ou o sentido, único e verdadeiro – do silêncio do arguido em processo penal) e adota a ontologia fundamental (heideggeriana), pela qual os sentidos – múltiplos, outros – que se atribuem aos silêncios mostram-se desde sempre demarcados pelo (des)encadeamento linguístico no contexto “sujeito-sujeito”. Nada obstante, constatada a assepsia da hermenêutica heideggeriana em relação ao componente pulsional na atribuição dos sentidos – componente pelo qual se destaca quão complexas se fazem as multiplicidades outras dos muitos sentidos – demarca-se a necessidade de recorrer a aportes psicanalíticos para se perceber tamanha complexidade. Tal necessidade é destacada e trabalhada pelo paradigma da filosofia da vida, que também se adota (paradigma que, por sua vez, subsume o paradigma da linguagem). Assim, a realidade concreta do arguido, desde o olhar da filosofia da libertação de DUSSEL, é, ainda, tomada como fundamento ético-material de afirmação da vida e, pois, como critério para a atribuição de *um* sentido – necessário e conforme a Constituição da República – ao silêncio do arguido em âmbito processual penal.

1 FUNDAMENTOS POLÍTICOS DO DIREITO AO SILÊNCIO

A problemática inicial consiste em se demonstrar a “razão de ser” do princípio pelo qual de cada cidadão brasileiro não se pode exigir a auto-incriminação⁴ e, conseqüentemente, a razão da existência do direito ao silêncio, entendido como uma forma de expressão daquele princípio.

Pode-se justificar o direito ao silêncio meramente pelo fato de constar positivado em nosso ordenamento jurídico. Ou ir mais a fundo e perquirir sobre a justificativa de sua própria positivação em nosso ordenamento, o que, por sua vez, remete a razões de cunho histórico-político, filosófico e psicanalítico, entre outras. A rigor, todas essas perspectivas compõem um emaranhado de extrema complexidade e, pois, requer uma abordagem interdisciplinar⁵, a qual se reserva para a continuidade do desenvolvimento deste trabalho.

A Constituição da República de 1988 – democrática e fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana – inaugura uma nova ordem, à qual o legislador constituinte preocupou-se em aparelhar com o direito de calar e de ser advertido tempestivamente da existência de tal direito.

O fundamento jurídico imediato do direito ao silêncio encontra-se no inciso LXIII, do artigo 5.º, da CR de 1988 e, mediatamente, nos princípios constitucionais do devido processo legal e da presunção da inocência, os quais, por sua vez, sustentam-se nos princípios do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana.

Tal principiologia, à qual se adita o privilégio da não auto-incriminação, insere-se no estudo da evolução histórica das instituições político-jurídicas e

⁴ O princípio do privilégio contra a auto-incriminação remete à fórmula *nemo tenetur se detegere* (nada a temer por se deter) e às formulas sinônimas *nemo tenetur detegere turpidunem suam*, *nemo tenetur se accusare*, *nemo tenetur edere contra se*, *nemo tenetur se ipsum procedere*, *nemo testis se ipsum*. O direito de calar decorre do princípio da não auto-incriminação sendo, portanto, equivocado, tratar o direito ao silêncio como sinônimo do *nemo tenetur se detegere*.

⁵ Interdisciplinaridade pode significar a investigação da possibilidade de afetação de discursos, perspectivas, conceitos e questões do campo de uma disciplina teórica em outra, o que se não dá de modo simétrico ou sequer recíproco. (MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Subsídios para pensar a possibilidade de articular direito e psicanálise. In: *Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEJ, 1996. p. 22).

processuais penais. São conquistas caras à humanidade, cujo alcance, para ser compreendido, reclama ao menos brevíssimo retrospecto espaço-temporal. Ressalve-se, a tempo, a intransponibilidade descontextualizada de recortes de usos e concepções; as construções jurídicas e sociais pregressas, se hipostasiadas, descaracterizam-se. Tenha-se presente, por outro lado, que mesmo tomando todos os devidos cuidados, jamais se conseguirá apreender-lhes por completo⁶.

Para tratar da respeitabilidade e das implicações concernentes ao direito ao silêncio de forma coesa e coerente é preciso, anteriormente, estudar seus fundamentos em perspectiva política e jurídica. Nesse passo, alguns elementos fundamentais às perspectivas filosófica e psicanalítica serão mencionados, ainda que apenas indiretamente.

Existe toda uma carga político-ideológica na CR, devendo o processo penal fazer-lhe eco.⁷ Para tanto é preciso estudar as matrizes dos *sistemas processuais penais* – sistema inquisitório e sistema acusatório, respectivamente regidos pelos princípios inquisitivo e dispositivo⁸ – que se edificaram no ocidente ao longo dos séculos.

1.1 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS

A mais límpida das lições é a de MIRANDA COUTINHO⁹: “Por elementar, os diversos ramos do Direito podem ser organizados a partir de uma idéia básica de sistema: conjunto de temas colocados em relação por um princípio unificador, que formam um todo pretensamente orgânico, destinado a

⁶ FONSECA, Ricardo Marcelo. Walter Benjamin, a temporalidade e o direito. In: MUSSE, R. et alii. *A Escola de Frankfurt no Direito*. Curitiba: Edibej, 1999. p. 75-86. *passim*.

⁷ Embora se discuta até que ponto tais valores conformem por si um corpo propriamente unitário e coeso no processo de elaboração da CR de 1988, o que bem discute Adriano PILATTI, toma-se aqui como premissa o entendimento de que a matriz do direito processual penal brasileiro em âmbito constitucional é acusatória. (PILATTI, Adriano. *A constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*. Rio de Janeiro: PUC-RIO, Lumen Juris, 2008).

⁸ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, n.30. p. 165.

⁹ *Idem*.

uma determinada finalidade.” Acompanhe-se na plenitude do raciocínio, ao tratar do *princípio* como um *motivo conceitual*, como um *mito*:

Não obstante, sempre se teve presente que há algo que as palavras não expressam; não conseguem dizer, isto é, há sempre um *antes do primeiro momento*; um *lugar que é, mas do qual nada se sabe, a não ser depois, quando a linguagem começa a fazer sentido*. Nesta parca dimensão, o *mito* pode ser tomado como a *palavra que é dita, para dar sentido, no lugar daquilo que, em sendo, não pode ser dito*. Daí o *big-bang* à física moderna; Deus à teologia; o *pai primevo* a Freud e à psicanálise; a *Grundnorm* a Kelsen e um mundo de juristas, só para ter-se alguns exemplos.¹⁰

A doutrina elenca, tradicionalmente, uma série de critérios para lhes identificar. Entretanto, se os pesar de igual para igual, o tecnicista pode sair ludibriado. O mais contundente dos exemplos remete ao Processo Napoleônico¹¹, que exibia os dotes de ser um processo de partes, mas não passava de modelo essencialmente inquisitorial.

O menos manipulável dos critérios identificadores é o que se debruça sobre a análise de gestão da prova¹²: admitindo-se que o órgão julgador determine de ofício a produção de provas – mesmo que em caráter subsidiário e sob a justificativa retórica de que visa *A Verdade* –, restará caracterizado um sistema processual penal essencialmente inquisitório; atribuindo-se exclusivamente às partes a prerrogativa de produzir as provas do processo, mantendo o magistrado ou o corpo responsável pela sentença em posição passiva, tratar-se-á de um sistema acusatório. Noutras palavras: cumulando-se na mesma figura as funções investigativa (colheita de provas), e decisória (julgamento), há que se preparar para lidar com um sistema inquisitório; separando-se aquelas atribuições de forma a haver uma figura “imparcial” – no sentido de responsável por fiscalizar a produção de provas, garantida tanto à acusação quanto à defesa, de forma que uma possa a outra contradizer –, pode-se estar transitando em um sistema de matriz acusatória.

¹⁰ *Ibidem*. p. 164. Reforce-se com SUANNES: “Assim se sente o homem: ele saiu de algo desconhecido e necessita de ter isso presente, ligando sua existência à existência desse algo inefável que ele tenta simbolizar com nomes”. (SUANNES, Adauto Alonso S. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 41).

¹¹ Vide, *infra*, Capítulo 1.6.

¹² *Ibidem*. p. 165.

Hodiernamente já não existem ordenamentos jurídicos de matriz absolutamente inquisitória ou acusatória; é possível, entretanto, identificar a essência do sistema em questão. Inviável a constituição de um sistema misto, eis que é logicamente insustentável a ideia de princípio impuro, mitigado¹³.

Raras são as enunciações expressas do direito ao silêncio anteriores a 1789, quando dele cuidou a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*¹⁴. Sustenta-se, porém, o seu resguardo por esse ou aquele ordenamento ao apreciar se e *como* (em que termos) vigiam os princípios da dignidade da pessoa humana, da presunção da inocência, do devido processo legal e o privilégio da não auto-incriminação, o que, em última análise, é perquirir da índole ontológica (dispositiva ou inquisitória) do sistema¹⁵. Dessa forma, ao analisar os ordenamentos jurídicos que se seguem, será perceptível o respeito amplo ao silêncio como uma das formas de manifestação dos sistemas processuais essencialmente acusatórios.

Compõe indiretamente a análise da gestão da prova a questão dos meios admitidos como tal. A admissão ou a prática da tortura (como meio de prova que obriga à confissão), denuncia, por excelência, a matriz inquisitória de um sistema. De outra parte, a exigência de que a acusação aponte, por si, provas da autoria do delito, partindo-se do princípio de que todos são inocentes, indica estar a transitar em lógica dispositiva¹⁶.

¹³ *Ibidem*. p. 166.

¹⁴ O *privilege against self-incrimination*, como se conhece o *nemo tenetur se detegere* no sistema inglês, foi solenemente afirmado pelo Estatuto de Carlos I em 1641 e pelo *Criminal Evidence Act* em 1898. (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MORAES, Maurício Zanoide. *Idem*. p. 134).

¹⁵ Com ANDRADE: “O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* ganha, assim, o significado de decisiva pedra de toque, imprimindo caráter e extremando entre si os modelos concretos de estrutura processual. Bem podendo, por isso, figurar como critério seguro de demarcação de fronteira entre o processo de estrutura acusatória e as manifestações de processo inquisitório [mesmo as mais recentes legislações processuais penais, quer nacional-socialista, quer dos estados socialistas, cf. o autor na sequência do raciocínio]. Não devendo, pois, estranhar-se que as grandes linhas de clivagem e de afrontamento que marcaram a evolução histórica das instituições processuais penais se tenham invariavelmente repercutido neste tópico.” (ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra editora, 1992, p. 122).

¹⁶ PEREIRA, Gisele Mendes. *O silêncio do acusado no processo penal brasileiro*. Curitiba, 2001. 211 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. p. 7, *et seq.*

Exemplifica-se. Se um dado ordenamento utiliza-se dos tormentos com objetivo de obter a confissão daquele que é tratado como *objeto*, evidente que não privilegia o princípio da inexigibilidade de auto-incriminação. Por outro lado, um sistema que não faz menção à possibilidade do uso de torturas nem exige ou super-valoriza a confissão ou os relatos orais do arguido ou mesmo seu juramento, admitindo outros meios probatórios e em certos casos até exigindo o depoimento pessoal de terceiros¹⁷, muito provavelmente preserva o princípio da inexigibilidade de auto-incriminação. Ora, em que pese não explicitar o direito ao silêncio, racionalmente infere-se ser respeitado em não exigindo que o acusado produza provas contra si. Daí a relação direta e proporcional entre a inexigibilidade da auto-incriminação e o direito ao silêncio.

Tem pertinência notar, ao estudar os momentos históricos a seguir relacionados, as peculiaridades que assumiam os organismos sociais ao resolverem seus conflitos internos, típicos da vida em sociedade. Nem sempre coube exclusivamente àquele que exerce o poder a tarefa de *dizer o direito*. Reiteradas vezes tal tarefa foi exercida de maneira arbitrária. Fato é que, em certo momento, instaurada a jurisdição estatal de forma monopolizada, seus destinatários passam a exigir, em contrapartida, um determinado modelo de processo. As formas pelas quais relacionaram-se *jurisdição* e *processo* ao longo dos tempos são capazes de bem demonstrar o tratamento que é dado ao direito ao silêncio, pois seu estudo perpassa igualmente pela perquirição da concepção de resposta aos casos penais que se configurava.¹⁸

1.2 O Direito ao Silêncio na Antiguidade

Em *Ensaio Sobre a Tortura*, Pietro VERRI estuda minuciosamente o tema. Em mente a incompatibilidade entre tortura e direito ao silêncio, apraz

¹⁷ Tal é o caso da Bíblia Sagrada: “Assim, a necessidade da prova testemunhal corroborada pela omissão acerca da imperiosidade da confissão do acusado, permite deduzir acerca de sua não obrigatoriedade, possibilitando visualizar na Bíblia o cerne do privilégio contra a auto-incriminação”. (*Ibidem*. p. 9).

¹⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma introdução à história social e política do processo. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Coord.). *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 247-279.

observar: “(...) é provável que a tortura seja tão antiga quão antigo é o sentimento do homem de dominar despoticamente outro homem, quão antigo é o caso de que nem sempre o poder vem acompanhado pelas luzes e pela virtude, e quão antigo é o instinto, no homem armado de força prepotente, de estender suas ações segundo a medida antes do poderio do que da razão”¹⁹.

Avance-se pelo transcurso dos tempos para registrar a incompatibilidade entre a tortura e os preceitos bíblicos²⁰ e hebreus²¹, do que se extrai a afirmação, por esses povos, do privilégio contra a auto-incriminação.

O Código de Hamurabi²² não impunha ao acusado confissão, tampouco previa a tortura. Entretanto, coagia moralmente à auto-incriminação através do juramento. Com PEREIRA²³: “Na ausência de provas tais como o flagrante, documentos ou testemunhas, o acusado poderia fazer um juramento em nome de Deus e apresentar suas versões dos fatos como uma forma de defender-se, conforme determinam seus parágrafos 20, 103, 131, 206, 227, 249 e 281”²⁴.

¹⁹ VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*. São Paulo: Martins Fontes, 1992. p. 100.

²⁰ “No texto sagrado não há nenhuma a menção à tortura e, pelo contrário, ao se prescreverem as práticas a serem empregadas com os réus, toma-se o caminho da prova a partir das testemunhas, e não se exige a confissão do réu.” (*Idem*).

²¹ “Tal foi a legislação penal do povo hebreu, em que o crime era provado por testemunhas e a contradição entre o acusador e o réu era resolvida com um exame extremamente diligente dos juízes, e nunca com as dores da tortura.” (*Ibidem*. p. 102)

²² De acordo com SUANNES, estudos recentes informam que o Código do rei Hamurabi regeu a Babilônia de 1728 a.C. a 1686 a.C., “considerado o mais antigo corpo uniforme de leis escritas” (*Ibidem*. p. 39).

²³ PEREIRA, Gisele Mendes, *Idem*. p. 10.

²⁴ Art. 20. Se o escravo foge àquele que o apreendeu, este deve jurar em nome de Deus ao dono do escravo e ir livre. Art. 103. Se, durante a viagem, o inimigo lhe leva alguma coisa do que ele conduz consigo, o comissionário deverá jurar em nome de Deus e ir livre. Art. 131. Se a mulher de um homem livre é acusada pelo próprio marido, mas não surpreendida em contato com outro, ela deverá jurar em nome de Deus e voltar à sua casa. Art. 206. Se alguém bate um outro em rixa e lhe faz uma ferida, ele deverá jurar : ‘eu não o bati de propósito’, e pagar o médico. Art. 227. Se alguém engana um tosquiador e o faz imprimir a marca de um escravo inalienável, se deverá matá-lo e sepultá-lo em sua casa. O tosquiador deverá jurar : ‘eu não o assinalei de propósito’, e irá livre. Art. 249. Se alguém aluga um boi e Deus o fere e ele morre, o locatário deverá jurar em nome de Deus e ir livre. Art. 281. Se são nascidos em outro país, o comprador deverá declarar perante Deus o preço que ele pagou e o proprietário deverá dar ao negociante o dinheiro pago e receber o escravo ou a escrava.

Quanto às sociedades grega e romana (esta durante a República²⁵), não se admitia a prática de tormentos; a regra, todavia, aplicava-se apenas aos *cidadãos*²⁶.

Especificamente no que concerne à auto-incriminação na Grécia, tem-se que era admitida por conta da necessidade de o réu jurar antes de depor, quando de seu julgamento. Igualmente, as testemunhas eram obrigadas a dizer a verdade, sob juramento²⁷.

Diante desse breve panorama, importa ter um pouco mais de atenção ao apreciar a questão pelo Direito Romano. É preciso distingui-lo conforme as fases políticas de sua história. A generalização do uso da tortura atribui-se à corrupção do sistema romano originário,²⁸ em razão, quiçá, da certeza de que a divindade protegeria o inocente dos males terrenos, dentre os quais, os suplícios físicos²⁹.

Entre os séculos 753 a.C a 509 a.C Roma viveu o seu *período monárquico*, do qual pouquíssimo é possível afirmar. Sabe-se que ao Rei era dado o julgamento de infrações criminais, sendo que os delegou paulatinamente a auxiliares. Ademais, vislumbra-se a possibilidade de *reclamar* (não propriamente recorrer) ao povo contra *certas* decisões proferidas³⁰. O modelo da *cognitio* já se fazia presente, embora apenas melhor contornado quando do período republicano³¹. Conforme MENDES DE

²⁵ Emílio Fervetti: “não encontrarás antes do império de Diocleciano e Maximiano nenhuma tortura aplicada a um homem livre” (FEVETTI, Emílio, *apud* VERRI, *Idem*. p. 108).

²⁶ “Entre os gregos, assim como entre os romanos [durante a República], desconhecia-se o uso da tortura contra os homens. (...) A tortura era empregada contra os servos, ou seja, os escravos, mas não contra os cidadãos e homens.” (VERRI, Pietro, *Idem*. p. 103). Quando da *tiranía* romana, apenas “pessoas de nascimento, dignidade ou serviços militares” eram poupadas. (*Ibidem*. p. 104).

²⁷ PEREIRA, Gisele Mendes, *Idem*. p. 10.

²⁸ VERRI, Pietro. *Idem*. p. 106.

²⁹ “A introdução metódica a tortura, que ocorreu após o século XI, talvez se origine no mesmo princípio que levou a instituir os julgamentos de Deus (...) acreditava-se que o Ser eterno não haveria de tolerar que a inocência fosse opressão, e inclusive subtrairia à dor e a qualquer dano.” (VERRI, Pietro. *Idem*. p. 109).

³⁰ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. v.1 São Paulo: Freitas Bastos S/A, 1959, v.1, p. 27-8.

³¹ BARREIROS, José Antônio. *Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1981, p. 16.

ALMEIDA³², pela *cognitio* atribuía-se, originariamente, “amplos poderes discricionários ao magistrado na pesquisa da verdade criminal”. A *cognitio* apresenta-se incompatível com a inexigibilidade de auto-acusação porque, em havendo a *notitia criminis*, independente de acusação, o próprio magistrado investigava e julgava, sendo que suas decisões se mostravam frequentemente arbitrárias, dada a inexistência de garantias ao acusado³³.

De 509 a 27 a.C o poder político de Roma concentrou-se na figuras do Senado e do Povo, delegando-se eventualmente a jurisdição criminal aos cônsules³⁴. Era tempo da *República Romana*, durante a qual, justo no ano de 509 a. C., viera a lume a *Lex Valeria de provocatione*, pela qual cabia pedir ao povo a anulação da sentença proferida como resultado da *inquisitio*³⁵. A *inquisitio* consistia na fase instrutória em que o pretor disponibilizava ao acusador uma comissão (*legem*), para que procedesse a todas as investigações, sendo atribuição da comissão apenas os que se recusassem a colaborar; o acusado gozava do direito de lhes fiscalizar, além de interrogar e contraditar as testemunhas³⁶.

Dessa decisão, fundamentada pela *inquisitio*, a *Lex Valeria de provocatione* permitia que o réu apelasse ao povo reunido em assembléia (*provocatio ad populum*), do que decorreria um novo julgamento no qual o magistrado, de cuja condenação se recorreu, passava a atuar na qualidade de acusador. A ele incumbia apresentar os elementos bastantes à condenação, procedendo a *anquisitio*³⁷. Em caso de confirmação da acusação pelo povo – o que se dava através da fórmula *Uti rogas* – o acusado estava condenado. Em princípio era condenado pela pena proposta em *anquisitio*, modificada apenas excepcionalmente³⁸.

³² MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. *Princípios Fundamentais do Processo Penal*. Revista dos Tribunais. São Paulo. 1973, p. 47.

³³ PEREIRA, Gisele. Mendes. *Idem*. 11.

³⁴ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Idem*. p.28.

³⁵ MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. *Idem*. p. 47 e BARRERAIROS, José Antônio. *Idem*. p. 17.

³⁶ ALMEIDA JÚNIOR João Mendes de. *Idem*. p. 32-33

³⁷ MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. *Op. cit* p. 47; ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Op. cit* p. 28; e BARREIROS, José Antônio. *Idem*. p. 17.

³⁸ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Idem*. p. 28.

Uma efetiva separação entre as funções de acusar e julgar operou-se, porém, apenas durante os últimos séculos da República. Com efeito, a *accusatio* fincava um novo marco para o direito romano: “O Estado passou a ser representado por um só órgão, o juiz, limitado à função jurisdicional escrita; e a ação penal passou a ser promovida por um representante voluntário da coletividade, o acusador.”³⁹

Mais a diante, aquele magistrado singular transmutaria-se em colegiado para alguns crimes. Os julgamentos seriam proferidos por comissões – denominadas *quaestiones* – as quais, posteriormente, generalizaram-se na forma de *quaestiones perpetuae*⁴⁰. O acusador indicava cem dos membros que comporiam as *quaestiones*, enquanto ao acusado era permitido indicar, desproporcionalmente, apenas cinquenta; em ambos os casos, dentre os quatrocentos e cinquenta cidadãos pré-selecionados. O fato e as circunstâncias eram expostos (primeiro pelo acusador, depois pelo acusado ou defensor); as três espécies de provas admitidas (escritos, testemunhos e tormentos) eram produzidas; as teses eram sustentadas (oralmente em sessões públicas)⁴¹. Aquele desequilíbrio na composição das *quaestiones* não passa despercebido por PEREIRA,⁴² que parte dali para repensar a conclusão de BARREIROS⁴³ de que haveria um sistema acusatório puro em Roma.

Entre 27 a.C e 476 d. C tem-se o *período imperial*, marcado pelo início e auge da decadência romana. A tarefa de administrar o tão vasto território conquistado era das mais trabalhosas e acaba por fugir ao controle. Avultam-se os casos de corrupção, desperdiça-se o dinheiro público, retraem-se a produção agrícola e a arrecadação de impostos; enfim, generaliza-se uma

³⁹ MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. *Op. cit* p. 47. No mesmo sentido: ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Idem*. p. 29 e BARREIROS, José Antônio. *Idem*. p. 18.

⁴⁰ “O crescimento do número de causas e a dificuldade de processar causas complicadas perante as grandes assembleias, tudo isso exigia a delegação da jurisdição a tribunais ou juízes em comissão, comissões estas denominadas *quaestiones*, criadas a princípio temporariamente, à medida que os crimes eram cometidos, e mais tarde criadas com um caráter permanente, para distribuírem entre si os processos e julgamentos dos crimes públicos.” (ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Idem*. p. 30). Veja-se também BARREIROS, José Antônio. *Idem*. p. 18.

⁴¹ ALMEIDA JÚNIOR, *Idem*. p. 34-5 e BARREIROS, *Idem*. p. 18-9.

⁴² PEREIRA, *Idem*. p. 13.

⁴³ BARREIROS, *Idem*. p. 19.

profunda crise social, da qual destaca-se um aumento abrupto da criminalidade. Na ilusão de que poderia ser contido através de uma instrução criminal instaurada e executada de ofício, generaliza-se a *cognitio extra ordinem*⁴⁴. Existente desde a República, era restrita a casos excepcionais de forma a elevar-se, agora, à regra. O *compromisso cívico* acusatório, outrora assumido pela sociedade romana, definha perante a desestabilização das suas antigas referências morais. Em contrapartida, uma polícia oficial de funções sempre e sempre “mais” judiciais estruturou-se de modo altamente centralizado⁴⁵. Procedia a instruções e julgamentos – via de regra secretos, escritos e não contraditórios – em que pese continuar a agir formalmente em nome do povo, do que emanava uma credibilidade retórica, porém em certa medida convincente⁴⁶. Durante o *Baixo Império* a tortura (*quaestio*⁴⁷) banalizou-se – a ponto de aplicar-se não só aos réus que não eram escravos quanto às testemunhas falsas ou reticentes⁴⁸ – e a *cognitio extra ordinem* tornou-se regra, infirmo a possibilidade de se calar. Conclui-se com PEREIRA⁴⁹: “No que concerne ao privilégio contra a auto-incriminação, apesar de haver indícios de sua observação durante o período republicano, percebe-se claramente que ele foi sacrificado durante o Baixo Império, haja vista o retorno do emprego da tortura, instituto que, por motivos óbvios, nega o direito do acusado de se calar.”

⁴⁴ “Consistia num procedimento paralelo ao processo formular, uma jurisdição extraordinária, inicialmente de caráter administrativo, exercida pela burocracia imperial em Roma e nas províncias. Ao contrário da jurisdição ordinária, dos pretores, nela havia a possibilidade de apelo ao imperador, pois as decisões dos *funcionários* eram feitas por delegação do poder imperial, e a este competia rever os atos de seus delegados. (...) Ouvindo a súplica das partes insatisfeitas, o imperador dava-se progressivamente o poder de rever o processo.” (LOPES, *Idem*. p. 251-2).

⁴⁵ MENDES DE ALMEIDA, *op. cit*, p. 48; ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de, *op. cit*, p. 39. *et seq.*

⁴⁶ ALMEIDA JÚNIOR, *op. cit* p. 38 *et seq.*

⁴⁷ Com VERRI: “A *quaestio* é a busca da verdade por meio do tormento, ou seja, a tortura, e a tortura por sua vez pode ser denominada *quaestio*, do latim *quaerere*, buscar, pois o juiz, pela tortura, busca a verdade.” (VERRI, *Idem*. p. 77).

⁴⁸ BARREIROS, *Idem*. p. 19.

⁴⁹ PEREIRA, *Idem*. p. 14.

1.3 O Direito ao Silêncio no Medievo Continental Ocidental

No século V, os povos bárbaros – que em seguida à queda do Império Romano do Ocidente dominaram a região⁵⁰ – mesclaram⁵¹ suas tradições de cunho eminentemente moral⁵² aos resquícios das infinitamente corrompidas instituições romanas. A crueldade típica de suas penas – dentre as quais os tormentos já se enquadravam – identificou-se com a *quaestio* romana, à qual ordinariamente se recorreria como espécie probatória nos casos de crimes capitais⁵³. As provas admitidas formavam um sistema e eram de três categorias: a dos tormentos, a dos testemunhos (de fraco valor) e a dos Juízos de Deus (largamente utilizados)⁵⁴, sendo estes especializados de acordo com o grupo social ao qual se destinavam⁵⁵ (juravam os mais abastados, duelavam os cavaleiros, ou quem os pudesse contratar, e às variadas formas de ordálias submetiam-se a maioria das pessoas, desprovidas que estavam de títulos, posses e especiais habilidades). Objetivava-se ora a confissão, profundamente considerada, ora o desvelamento divino, que se manifestava na cura das

⁵⁰ “No século IV, no fim da Antiguidade, o Império Romano divide-se em dois impérios: o Império do Ocidente (Roma) e o Império do Oriente (Constantinopla = Bizâncio = Istambul). (...) A Norte e a Leste destes rios [Reno e Danúbio] encontram-se povos germânicos e eslavos, ainda mais ou menos nômadas. Sob a pressão dos povos vindos da Ásia Central, aqueles povos germânicos deslocam-se para Ocidente; os Germanos penetram na órbita do Império Romano a partir do século II; no século V, invadem o Império do Ocidente que desaparece; estabelecem-se aí reinos germânicos. Império do Oriente – ou Império Bizantino – resiste no entanto a estas pressões; o direito romano sobrevive aí, enquanto direito bizantino. No Império Romano, um (sic) religião nova, pregada por Cristo e pelos seus discípulos no século I, impôs-se no século IV; o Império torna-se cristão. Um sistema jurídico próprio da comunidade dos cristãos, o direito canônico, desenvolve-se à margem do direito romano, sem o absorver; instala-se um sistema dualista – direito laico e direito religioso – que se vai manter até o século XX.” (GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 127).

⁵¹ “Nos territórios do antigo Império Romano do Ocidente (...) formaram-se reinos de origem germânica: (...). O direito romano continua aí a ser aplicado às populações de origem romana, enquanto os invasores continuam a viver segundo o seu direito de origem germânica (direito visigótico, franco, Lombardo, etc); a amálgama faz-se lentamente, do século V ao VIII. Outros direitos germânicos mantêm-se fora da esfera de influência romana”: o anglo, o saxão, o escandinavo (normandos, vikings) e eslavos. (*Ibidem*. p. 128).

⁵² MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. O papel do novo juiz no processo penal. In: *Direito alternativo: seminário nacional sobre o uso alternativo do direito*. Rio de Janeiro, jun, 1993, p. 37.

⁵³ ALMEIDA JUNIOR. *Idem*. p. 136; GILISSEN. *Idem*. 715-716.

⁵⁴ GILISSEN. *Idem*.

⁵⁵ GILISSEN. *Idem*. MIRANDA COUTINHO. *O papel...*, p. 37.

feridas causadas pelas ordálias, pela capacidade do torturado resistir à dor, ou mesmo pelo destino do desfecho dos duelos.

Essa sistemática urge absolutamente incompatível com o privilégio da não auto-incriminação. Não haveria sentido “poupar” o réu de qualquer sorte de exame (dos quais não se exclui a tortura) na medida em que gozaria da proteção e do juízo divino (mesmo quando submetido aos tormentos). Com astúcia é que se recorria a tais meios de prova: eles permitem enfrentar toda dúvida sem temores, sob o argumento da divina infalibilidade, ou seja, o argumento segundo o qual aquilo que vinha de deus por aqueles que o podiam representar era infalível, sempre revelava a verdade, jamais deixava dúvidas ou fazia injustiças. A rigor, os referidos meios de prova eram manipulados⁵⁶, embora se dissesse oficialmente que se tratava de respostas sempre verdadeiras, na medida em que decorrentes do acaso ou da natureza, já que ambas essas ordens eram controladas por Deus⁵⁷.

O caráter inquisitorial dessa construção jurídica estava fadado a prevalecer: foi encampado pela Igreja Católica, novo centro de poder físico e intelectual, que o incorporou ao Direito Canônico original⁵⁸.

Sintomático que perante ruptura de tão alta monta, bem demarcada pelo domínio bárbaro, as pessoas tenham se agarrado, com afinco e sem titubear, à única instituição de poder que se mantinha rija e organizada. Os laços de índole religiosa ostentavam firmeza, nem que fosse através de uma lógica distorcida, a qual, ameaçando, de algum modo confortava. A Igreja Católica impõe-se com a força e com a influência decorrente de seu direito próprio.

⁵⁶ Imprescindível fazer referência aos dados trazidos por CORDERO sobre os resultados dos casos em que se utilizaram das ordálias em busca da prova da verdade. Entre os anos de 1208 e 1235, 76 pessoas submetidas às ordálias não tiveram seus ferimentos curados, em oposição à 130 outras pessoas cujos ferimentos foram tidos por cicatrizados. A prova ordálica ostenta uma infalibilidade tal que acaba por se comprovar retórica por aqueles números, na medida em que demonstram que ela também não escapa à interpretação humana. (CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: Utet, 1986, p. 40).

⁵⁷ PEREIRA. *Idem*. p. 16.

⁵⁸ “O direito canônico é um direito religioso, como são o direito hebraico, o direito hindu e o direito muçulmano. Ele retira, como esses três outros sistemas jurídicos, as suas regras dos preceitos divinos, revelados nos livros sagrados: o Antigo e o Novo Testamento.” (GILISSEN. *Idem*. p. 135).

Em meio à desorganização administrativa, econômica e social produzida pelas invasões germânicas e ao esfacelamento do Império Romano, praticamente apenas a Igreja Católica, com sede em Roma, conseguiu manter-se enquanto instituição religiosa. Consolidando sua estrutura religiosa, a Igreja foi difundindo o cristianismo entre os povos bárbaros enquanto preservava muitos elementos da cultura greco-romana.⁵⁹

A jurisdição eclesiástica foi semiclandestina sob o Império Romano: aos cristãos cabia evitar a submissão aos juizes romanos não cristãos e procurar o direito canônico. Em 313, porém, Constantino permitiu que as partes buscassem voluntariamente o julgamento episcopal, ao qual ele passava a conferir valor equivalente ao de um julgamento temporal⁶⁰. Aplicado no início apenas aos seus fiéis, foi se estendendo aos leigos através das competências *ex ratione materiae, personae, loci*⁶¹ cujo clímax data dos séculos X a XIV⁶².

Apenas em 1199, porém, através da *Bula Vergentis in senium* do Papa Inocêncio III – que equiparou a heresia aos crimes de lesa-majestade –, considerou-se a Justiça Eclesiástica juridicamente dotada de fundamento para aplicar a pena capital da Jurisdição Comum. Desde a aliança celebrada⁶³ entre o Papa Lúcio III e o Imperador Frederico Barbaruiva, ambas as jurisdições iniciaram a se confundir. Em 1184 o Imperador incumbiu os bispos de indicar os fiéis das suas paróquias que julgassem suspeitos de *catarismo*, sendo que os casos tidos por graves deveriam ser remetidos à justiça comum, a qual, por sua vez, contava com a aplicabilidade da pena de morte⁶⁴. Ora, se a Igreja passa a entender os crimes contra o Império como infrações à religião, esses

⁵⁹ COTRIM, Gilberto. *Historia Geral*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 99 e Barreiros, *Idem*. p. 29.

⁶⁰ Gilissen. *Idem*. p.139.

⁶¹ *Ibidem*. p. 139-140.

⁶² LOPES. *Idem*. p. 235.

⁶³ O motivo era a existência de um inimigo comum; trata-se do movimento denominado *Catarismo* – consistia em uma espécie de religião que não admitia qualquer tipo de intermediação entre o homem e Deus e rejeitava todos os sacramentos; cultivada em um território estratégico, que se estendia pela zona chamada Occitania, atual Languedoc, em uma extensão fronteiriça com Toulouse, até o oeste, nos Pirineus, até o sul, e no Mediterrâneo, até o leste –, portanto considerado ameaça tanto religiosa, quanto política. A resposta foi uma sangrentíssima cruzada, considerada a primeira delas, à qual os cátaros resistiram brava e intensamente.

⁶⁴ BARREIROS. *Idem*. p. 29, *et seq.*

também equivalem-se àqueles; se aos crimes de lesa-majestade cabe pena de morte, ela também às heresias. Poderia parecer anti-cristão, mas a fundamentação jurídica como que exorcizava a (ir)responsabilidade dos portadores da palavra de Deus, extirpando o temor dos ingênuos e acomodando as consciências dos sagazes.

Para controlar a gestão da prova com mais facilidade, o processo penal canônico precisou abolir os Juízos de Deus⁶⁵ – tarefa essa que coube ao IV Concílio de Latrão, datado de 1215, ao proibir a participação ou sequer a prestigiosa presença dos clérigos, como testemunhas, em processos os quais se utilizassem juízos de Deus –, cuja racionalidade platônica tornava mais trabalhoso todo o empenho de burla, e institucionalizar a *investigação*, que tinha como principal meio de prova os depoimentos, os relatos orais (tanto dos acusados⁶⁶, quanto de testemunhas)⁶⁷. O controle da gestão da prova era mais simples com uma organização social estamentada e com o modo de produção que se instaurava paulatinamente; eram tempos de glórias feudais⁶⁸ contrapostas ao desprestígio do reinado bárbaro.

Há ainda outro fator a se considerar: chegar ao resultado desejado tornou-se por demais simplista desde a admissibilidade da tortura⁶⁹ como meio investigativo pelo direito canônico. Nesse cenário, não há lugar⁷⁰ para a inexigibilidade da auto-incriminação.

A essa altura já se tem bem contornado o processo inquisitorial comum, ou seja, já não se restringe às infrações religiosas (incluindo o lesa-majestade)

⁶⁵ LOPES. *Idem*. p. 259. Complete-se com SUANNES para consignar que foram as reformas do Papa Inocêncio III (1198-1216) que eliminaram as ordálias e marcaram a opção pelo método inquisitorial, o qual consistia, basicamente, em uma espécie de auto-incriminação sob juramento, sendo que, se o réu se recusava a prestar juramento, justificava-se a tortura à busca pela verdade. (SUANNES. *Idem*. p. 85).

⁶⁶ Houve, desde a equiparação entre crime e pecado, superavaliação da confissão porque (a) aliviava a consciência dos inquisidores, (b) satisfazia os reclames populares e (c) colocava-se no topo do tarifamento probatório (para, retoricamente, controlar os inquisidores e os salvar da fúria de suas próprias verdades).

⁶⁷ LOPES. *Idem*. p. 259.

⁶⁸ “Durante dois a três séculos – fim do século IX ao século XII – o direito feudal domina na Europa Ocidental; ele não desaparecerá definitivamente senão nos fins do século XVIII em França e na Bélgica, e, quanto à Alemanha, no século XIX.” (GILISSEN, *Idem*. p.128).

⁶⁹ Trata-se da *Constitutio Excomuniamus* (1231) do Papa Gregório IX, ratificada (em 1252) pela *Bula Ad extirpanda* do Papa Inocencio IV. (BARREIROS, *Idem*. p. 30 *et seq*).

⁷⁰ VERRI, *Idem*. p. 107.

mas compreende todos os delitos⁷¹. Espalhou-se então pela Europa⁷², com exceção da Inglaterra, que há tanto já se estruturava em prática processual de outra natureza, como se verá.

Cuide-se para não ignorar o florescimento intelectual que, por certo, ocorrera também durante a *Idade das Trevas*, assim desajeitadamente denominada. “Os monges, em seus mosteiros, preservaram muito dos conhecimentos e da literatura dos romanos, estudaram os textos antigos e dedicaram-se ao estudo das artes e da Filosofia.”⁷³

Com desastroso atraso foi que a Igreja Católica percebeu estar a insistir, inexitosamente, em métodos por demais rasos para lidar com os inalcançáveis deslindes do desejo⁷⁴. Já não podia resistir empavidamente às cores e texturas da vida que se iniciava dentro dos burgos; era hora de reconhecer a valentia do inimigo e a ele se aliar, alterando estratégias e compatibilizando os entendimentos acerca de razão e fé através da Escolástica⁷⁵, notadamente. Os incentivos da cúpula da Igreja Católica acabaram prevalecendo, mesmo que tardiamente.

Segundo a teologia agostiniana, a natureza humana é, por essência, corrompida, estando na fé em Deus a remissão e a salvação eterna. (...) Essa visão pessimista em relação à natureza humana foi substituída na Baixa Idade Média por uma concepção mais otimista e empreendedora do homem, com a filosofia escolástica, que procurou harmonizar razão e fé, partindo do pressuposto de que o progresso do ser humano não dependia apenas da vontade divina, mas do esforço do próprio homem. Essa atitude refletia uma tendência à valorização dos atributos racionais do homem, não

⁷¹ ALMEIDA JÚNIOR, *Idem*. p. 81.

⁷² Por demais influiria, mais tarde, também na América Latina, eis que Espanha e Portugal aplicavam o processo de matiz inquisitorial às suas colônias. (BARREIROS, *Idem*. p. 38).

⁷³ SAOZA, Osvaldo R. de. *Historia Antiga e Medieval*. 24. ed. São Paulo: Ática, p. 150.

⁷⁴ MIRANDA COUTINHO. O papel do juiz no novo processo penal. In: _____. (coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 37.

⁷⁵ “O sistema filosófico de maior importância no Período Medieval foi a escolástica. Os filósofos escolásticos não acreditavam que a verdade pudesse ser atingida pela percepção sensorial. Eram racionalistas e não empíricos, ou seja, baseavam-se na lógica em detrimento da experiência.” (COSTA, Luiz César. *Historia Antiga e Medieval*, p. 308). “A filosofia medieval se desenvolveu, sob influência dos intelectuais muçulmanos, introdutores dos métodos de raciocínio grego. A Escolástica era uma filosofia aplicada à Teologia. Tomás de Aquino, seu maior representante, resumiu em Suma Teológica todas as idéias da Idade Média: era um manual para todos os seminários católicos.” (ARRUDA, J.J. *Toda a Historia*. São Paulo: Ática, p. 116).

devendo existir conflito entre fé e razão, pois ambas utilizavam o homem na busca do conhecimento.⁷⁶

No mesmo sentido:

A essência da filosofia tomista era realizar uma síntese universal, um sistema baseado na harmonia e na coincidência. Todo o conhecimento humano forma uma só peça: as ciências particulares permitem um conhecimento amplo, porém especializado; acima delas, está a filosofia, uma disciplina racional cuja função é formular os princípios universais; e, acima da razão, encontra-se a teologia cristã, baseada na revelação. Contudo, colocar a revelação acima da razão não significa que ambas sejam contrárias. A fé é a realização plena da razão e ambas buscam o mesmo propósito – o conhecimento.⁷⁷

1.4 O Direito ao Silêncio no Medievo Ocidental Insular

É em Inglaterra que se constrói efetivamente um sistema processual penal acusatório, pelos motivos e através dos passos que a seguir se recordam. O cerne está em se perceber a história política inglesa como a de sucessivas concessões para equilibrar o embate travado entre reis e barões, entre o direito dos que dominaram e o direito local, dos dominados.

Em 1066, quando o Duque Guilherme da Normandia (Guilherme I), liderando barões franceses, invade e conquista o território saxão⁷⁸, toda a terra passa a ser tida por régia – em que pese outorgadas cartas de franquia para evitar rupturas desencadeadas pelas disputas entre reis e barões –, instaurando-se o feudalismo na região⁷⁹.

Apenas com Henrique II (1154-1189), porém, principia-se a estruturação de um modelo jurídico capaz de conciliar o direito material local, dos barões regionais, dos povos saxões originais, com a sede de poder dos barões normandos e franceses. Trata-se do início do *common law*⁸⁰, em que o

⁷⁶ VICENTINO, Cláudio. *História Geral*. São Paulo: Scipione, 1991, p. 96.

⁷⁷ INÁCIO, Inês e LUCA, Tânia Regina. *O Pensamento Medieval*. São Paulo: Ática, 1983, p. 49.

⁷⁸ “Em 1066, Guilherme, duque da Normandia, conquista a Inglaterra com a sua vitória na batalha de Hastings. Declarando querer manter os direitos anglo-saxônicos, importa o feudalismo; mas de facto, os seus sucessores conseguem manter e desenvolver a autoridade real, tanto face aos seus vassallos de origem normanda como aos antigos chefes anglo-saxônicos.” (GILISSEN, *Idem*. p. 209).

⁷⁹ LOPES, *Idem*. p. 254.

⁸⁰ “A expressão *common law* é utilizada desde o século XIII para designar o direito comum da Inglaterra, por oposição aos costumes locais, próprios de cada região; (...) é um *judge-made-*

rei utilizava sua força para aplicar o direito *material* vigente em cada um dos feudos através de um *processo* único, aplicável a todos os súditos. Henrique II percebeu habilidosamente que podia manter-se no poder e evitar rebeliões dos senhores locais com mais segurança se cedesse na aplicação do direito material, que era o do costume da região, controlando e unificando o reino através do direito processual⁸¹.

Para tanto, utilizou, dentre outros, os *writs*, os juízes itinerantes e o júri. Os *writs* eram ordens emanadas do rei (ou pelo Lord Chanceler, em nome do rei, por delegação) às “autoridades locais ou inferiores para procederem a um julgamento ou à oitiva de uma parte que se julgava lesada em algum direito, ou à imediata restituição do queixoso à sua posse anterior”⁸². Os juízes itinerantes procediam a julgamentos em nome do rei⁸³.

Por volta do ano de 1166 foi que Henrique II passou a investir na instituição do júri com o objetivo de definitivamente extirpar dos seus domínios os juízos de deus.⁸⁴ Importante aqui é estudar a gestão da prova, para identificar o trato destinado à inexigibilidade de auto-incriminação.

Inicialmente, pelo *writ* ordenava-se ao funcionário local a reunião de uma dúzia homens para resolver o caso. Posteriormente, democratiza-se a função acusatória ao lhe incumbir a um primeiro júri⁸⁵ – composto por trinta e cinco homens da comunidade –, que decidia sobre a denúncia de casos graves ao juiz itinerante. Eles decidiam com base em seus conhecimentos de vida em geral e nos específicos que detinham sobre o caso, valendo-se inclusive de comentários daqueles com quem conviviam. As decisões eram motivadas por suas impressões, de forma que eles próprios eram as provas (ou não) da veracidade daquilo que se atribuía ao acusado, condenando-lhe

law, um direito jurisprudencial, elaborado pelos juízes reais e mantido graças à autoridade reconhecida aos precedentes judiciais.” (GILISSEN, *Idem*. p. 208).

⁸¹ GILISSEN, *Idem*. p. 211.

⁸² LOPES, *Idem*. p. 254. Acrescentem-se as palavras de GILISSEN: *writs* são “ações judiciais sob a formas de ordens do rei.” (*Ibidem*. p. 211).

⁸³ *Ibidem*. p. 254.

⁸⁴ O júri já era conhecido, mas apenas quando encampado de forma padronizada por Henrique II, na segunda metade do séc. XII, é que passa a ser palco propício ao desenvolvimento de um processo autenticamente acusatório. (GILISSEN, *Idem*. p. 214 *et seq*).

⁸⁵ Denominado *Grand Jury*.

(ou não) ao julgamento pelo *Petty Jury*⁸⁶, o qual igualmente procedia⁸⁷; compunham, pois, autêntica prova testemunhal coletiva.

A ideia de um júri de prova é favorável ao princípio da inexigibilidade porque, se os membros do júri apreciam a questão exclusivamente com base em seus conhecimentos sobre o acusado e o fato, não se exigiram do réu práticas que pudessem levar à produção de provas contra si. Dispensar o depoimento do réu é resguardá-lo do perigo de auto-incriminação – inclusive do involuntário, através da confissão – bem como protegê-lo da confissão “voluntária”, decorrente da tortura.

Em 1285, o direito real de emitir *writs* sobre quaisquer conflitos foi restringido pelo *Statute of Westminster II*⁸⁸ aos conflitos anteriormente apreciados pelo rei. Desde então, apenas *in consimili casu* passaram-se a expedir *writs*, do que resultou na instauração do processo por *forms of action*: para ser apreciado pelo rei, deveria o queixoso indicar especificamente um *writ* já emitido que fosse *semelhante* ao seu caso. Esse foi o meio encontrado pelos barões de delimitar o poder do rei, já tão proeminente, aos casos apreciados por ele anteriormente⁸⁹.

O Segundo Estatuto de Westminster representou a composição de uma disputa pela imposição de limites à jurisdição real em favor dos barões e grandes vassalos, que se iniciou pela Magna Carta e foi reforçada pelas *Provisões de Oxford*, de 1258, que se contentou em proibir a emanção de *writs*⁹⁰.

⁸⁶ Composto por doze homens, escolhidos pela comunidade dentre os considerados idôneos, era perante ele que originariamente se realizavam os juízos de deus; mais tarde transforma-se em um júri de prova: os jurados diziam a verdade com base em seus conhecimentos sobre o que acontecia na comunidade; já nos séculos XV e XVI, passa a colher o depoimento de testemunhas e a se vincular às provas que eram oficialmente apresentadas. (GILISSEN, *Idem*. p. 214).

⁸⁷ Com SUANNES: “algumas cortes escolhiam, dentre cem nomes que lhe eram apresentados, uma dúzia de cidadãos que se encarregavam de trazer aos juizes reais os casos de conduta criminal de que tomavam conhecimento.” Mais tarde, a esse tribunal de indiciamento acrescenta-se o de julgamento (pequeno júri), o que no séc. XV já se faria corriqueiro. (*Idem*. p. 85).

⁸⁸ GILISSEN, *Idem*. p. 210.

⁸⁹ LOPES, *Idem*. p. 255.

⁹⁰ GILISSEN, *Idem*. p. 210.

O ano de 1215 mostra-se, pois, peculiarmente relevante para o estudo do Direito Processual Penal, eis que no dia 15 de junho, em *Runnymede* (lugarejo próximo a Londres) o Rei João Sem-Terra⁹¹ assinou finalmente uma *petição de princípios* (um documento que elencava garantias, cujo intuito era proteger o que hoje se chama de *liberdades individuais*, frente às arbitrariedades da coroa), a *Magna Charta Libertatum*⁹². Através dela foi que se tutelou, originariamente, o *writ* de *habeas corpus*, especificamente no que concerne à defesa daquelas liberdades. Por meio de outras tantas disposições, instituíram-se direitos que implicam em limitações ao exercício do poder real. Com PEREIRA⁹³:

Dessa forma, passando a assegurar as liberdades, bem como um processo criminal mais justo e voltado para a busca da verdade, sem, entretanto, descuidar dos direitos do acusado, prestigiou notadamente o privilégio contra a auto-incriminação, que por absoluta incompatibilidade levou à abolição das diversas formas de tortura dos atos característicos do interrogatório.

Mantém-se a oralidade pela qual as partes produziam e debatiam as provas em contraditório perante os jurados, limitando-se o presidente a zelar pela lisura dos acontecimentos, incluídos os direitos do réu. Fixe-se que a mentalidade positivada na Magna Carta difundiu-se espaço e temporalmente, a ponto de inspirar e de se impregnar na maioria dos mecanismos de matiz democrática.

⁹¹ Rei da Inglaterra de 1199 a 1216, sucessor de Ricardo I, o rei John fora alcunhado de *Lackland* ou João Sem-Terra graças, segundo certos autores, às suas derrotas d'além mar ou, segundo outros, por não ter sido contemplado pela herança paterna. (SUANNES, *Idem*. p. 87).

⁹² A celeuma iniciara-se quando João-Sem Terra recusou a indicação de Stephen Langton para o Arcebispado de Canterbury, em 1206. Em represália, o Papa Inocencio III o excomunga e manda fechar todas as igrejas do país. O povo, profundamente insatisfeito, reage com vigor, a causar fundada preocupação por parte do Rei, o qual acabaria, em 1213, a se submeter à autoridade papal. O incidente seria registrado cautelosamente pela nobreza com o fito de, em um futuro próximo, com habilidade, o explorar: em 1214 os barões encarregam justo Stephen Langton, já arcebispo de Canterbury, da *redação* de uma petição de reconhecimento de direitos dos súditos em face do rei (direitos esses os quais, em sua maioria, eram os barões os titulares e não o povo) ao rei John. Não se o convencera de pronto, porém; precisou ser pressionado pela vultuosa *marcha do Exército de Deus e da Santa Igreja* que tomara Londres, forçando-o a ceder em 15 de junho de 1215. A negociação da redação definitiva da carta operou-se apenas com Henrique III (filho de João Sem Terra), dez anos depois, que também cede durante uma negociata ao fim de uma rebelião. (SUANNES, *Idem*. p. 89, 93). Posteriormente, confirmara-se e aprimorara-se outras muitas vezes pelos soberanos que se lhe sucederam. (PEREIRA, *Idem*. p. 28).

⁹³ *Ibidem*. p. 29.

O *due process cause* teve origem na ressalva final do artigo 36, pela qual se garante ao acusado um julgamento por seus pares e de acordo com a lei local. Seu significado é depurado com uma decisão do Tribunal Real⁹⁴ de 1616, na qual afirma que a perda administrativa de cargos não pode ser determinada sem se observar os preceitos da Magna Carta, mesmo que fundamentado em lei local, pois “*parte altera inaudita, is against justice and right*”. Conclui, pois, SUANNES⁹⁵: “Estabilizava-se aí o grande e duplo princípio do *fair trial: notice and hearing*, ou seja, cientificado do conteúdo da imputação e de ter oportunidade de contestar a acusação feita”.

Apenas em 1354, porém, pronunciou-se pela primeira vez a clássica expressão *due process of law*, quando o rei Eduardo III a utilizou em resposta à uma petição. Expressia a obrigatoriedade de garantir uma fórmula capaz de assegurar um julgamento justo, com um processo de curso regular, para crimes que ofendiam o direito de propriedade, o que se estenderia também ao direito de liberdade⁹⁶.

Outro destaque ao ano de 1689. Perante a renúncia de James III ao trono e a dissolução do Parlamento, chamou-se uma Assembléia (composta por nobres, magistrados e membros da *Câmara dos Comuns*) responsável por traçar as atuais características do Poder Legislativo inglês, proclamar a vacância do trono e traçar condições ao coroamento de William III. Todas essas regras acabaram prudentemente formalizadas no *Bill of Rights* de 1689. Assim foi que (a) cristalizaram-se limites ao rei; (b) acometeram-se imunidades aos parlamentares, os quais elegeriam-se de forma periódica e livre; (c) transferiu-se do monarca ao Poder Legislativo a competência para a suspensão de leis que entendessem inconstitucionais; (d) vedou-se ao Poder Judiciário a aplicação de penas cruéis e de multas ou fiança de excessivo valor⁹⁷.

⁹⁴ Impulsionada, atente-se, pela imposição de Carlos I aos seus súditos do recolhimento de um imposto compulsório para custear gastos de guerra, sendo que quem os não pagasse era preso independente de procedimento judicial. (*Ibidem*. p 92).

⁹⁵ *Ibidem*. p 93.

⁹⁶ *Ibidem*. p 94.

⁹⁷ *Ibidem*. p. 98.

Impunha-se ao Rei, pois, o reconhecimento de sua humanidade, falibilidade, limitações. Já não era admitido que cumulasse as funções executiva e legislativa. Deveria respeitar e implementar normas que não fossem de sua autoria (*the law of the land*), confeccionadas livremente por parlamentares protegidos por suas imunidades imprescindíveis. Seus erros – sim, revelava-se Sua Majestade, finalmente, passível de equívocos e lapsos, tal qual qualquer dos mortais – passavam a ser apreciados por magistrados independentes da coroa (vinculados em última instância ao povo, através do Parlamento que o representa⁹⁸). Coroa e Parlamento exerciam o poder de forma tal que possibilitasse seu controle ao povo; eram titulares de deveres correspondentes a direitos e garantias dos cidadãos comuns, dentre os quais os de natureza processual. Mudanças de tamanho significado necessitavam ser explicitadas, documentadas e difundidas *urbi et orbi*, sob pena de se inutilizarem. Foi o que se acometeu ao Bill of Rights.

Mais um momento de atenção para o registro do *Act of Settlement*, de 1701, pelo qual se exigia o prévio consentimento do Parlamento à declaração de guerra e impedia a destituição de magistrados por ordens da coroa⁹⁹.

Perante o modelo absolutista de Estado, afigura-se como vantagem típica do Estado de Direito o reconhecimento, em lei, de direitos subjetivos públicos, a colocar os indivíduos em posição ativa em relação à autoridade estatal¹⁰⁰. O cidadão goza do direito a um processo penal oral, público, cuja produção da prova se incumbe exclusivamente às partes e cujo desencadeamento em crimes públicos se incumbe à iniciativa popular. São garantias que se conservaram (e aprimoraram¹⁰¹) até a contemporaneidade.

⁹⁸ É que a última instância judicial pertence a uma das Câmaras do Parlamento; por isso também se dizer que foi da atuação insistente dos parlamentares que se consolidaram os preceitos éticos difundidos e positivados em outros ordenamentos, gerando o “Constitucionalismo”, movimento que vê o direito como autêntica limitação ao poder do Estado, a expressar o reconhecimento da dignidade da pessoa humana (*Ibidem*. p. 97).

⁹⁹ FRAGOSO, Heleno. Os direitos do homem e sua tutela jurídica. p. 1. (http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/heleno_artigos/arquivo25.pdf. acesso em 17.07.05 – tese apresentada à V Conferência Nacional da OAB (1974) – também in: *Direito Penal e Direitos Humanos*, Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 119-142).

¹⁰⁰ SUANNES, *Idem*. p. 97.

¹⁰¹ Até meados do século XIX os acusados de crimes graves não tinham direito a defensor, o que se fundava na idéia de que os juizes são protetores naturais dos direitos dos acusados,

1.5 O Direito ao Silêncio na formação dos Estados Modernos

*“Pelas alturas de 1300 a expansão agrícola da alta Idade Média havia alcançado seus limites. A partir de então, os rendimentos e as áreas cultivadas começaram a diminuir. Por conseguinte, a primeira metade do século XIV foi uma época de crescente depressão econômica.”*¹⁰²

*Com a crise do feudalismo e o retardamento das relações comerciais com o Oriente, por volta do século XI, as cidades voltaram a reaparecer na Europa Ocidental. Os primeiros povoados surgiram como núcleos de mercadores, reunidos para comercializar seus produtos e abastecer o mercado local. O aumento do comércio pôs fim ao isolamento das pessoas no campo. A cidade voltou a ser o centro das atividades humanas.*¹⁰³

É como se descreve a crise que marca a passagem da Idade Média à formação dos estados modernos¹⁰⁴, nos quais se confirmam modelos de produção essencialmente diversos, bem como novas e correspondentes tramas sócio-culturais.

A monarquia nacional pôs fim ao particularismo político do regime feudal. O poder político antes exercido pelos senhores feudais e pelas cidades medievais autônomas, concentrava-se agora nas mãos do soberano de cada nação. O apoio dado ao rei pela burguesia contribuiu para o fortalecimento do poder real. Os burgueses queriam um poder centralizado e forte, pois só assim conseguiriam a unidade do mercado interno e seu consequente desenvolvimento. Favorecido pelo apoio financeiro da burguesia, o rei formou o exército nacional, encarregado da proteção dos súditos e da manutenção.¹⁰⁵

pelo que se deveria privilegiar o clamor público em detrimento do que se designava de “prejudicial atuar dos advogados”. “Esta idéia de que permitir a atuação dos advogados pode levar ao retardamento ou mesmo à denegação da justiça não é um pensamento que ficou sepultado na Inglaterra. A restrição a direitos fundamentais do acusado, em nome de um ‘clamor público’ (que a tanto equivale a expressão *potential threat to order*), não é coisa rara em nossos repositórios de jurisprudência.” (*Ibidem*. p. 98).

¹⁰² BURNS, E. McNall. *História da Civilização Ocidental*. 38. ed. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1997, p. 308.

¹⁰³ ARRUDA, J.J.. *História Integrada*. v. 2. São Paulo: Ática, 1999, p. 44.

¹⁰⁴ “As deficiências da sociedade política medieval determinaram as características fundamentais do Estado Moderno, quais sejam: o território e o povo, como elementos materiais; o governo, o poder, a autoridade ou o soberano, como elementos formais. Para alguns autores, existe um quarto elemento: a finalidade – o Estado deve ter uma finalidade peculiar, que justifique sua existência.” (STRECK; BOLZAN DE MORAES, *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 24).

¹⁰⁵ PIZZINATO, Alceu e SENISE, Maria Helena. *História Moderna e Contemporânea: a formação dos Estados Nacionais*. São Paulo: Ática, 1997. p. 16.

O Estado que surge na Europa dos séculos XVII e XVIII, de matriz absolutista, coloca-se acima dos indivíduos, que são meros súditos. Invoca a soberania para justificar o tolhimento ferrenho dos homens que apenas lhe servem e cuja liberdade e personalidade encontram-se à mercê dos órgãos estatais¹⁰⁶. O processo penal é de índole inconfundivelmente inquisitória: secreto, escrito, não contraditório¹⁰⁷, de provas tarifadas (das quais não excluía a tortura) cuja lógica objetivava extrair do arguido a confissão; era tomado como objeto sob apreciação dos juízes, por conseguinte dotado de um impalpável direito de defesa¹⁰⁸. Laicizava-se o processo inquisitório religioso, com a peculiaridade de dispensar a acusação particular, desencadeando-se de ofício a ação e incentivando-se a popularização da nova ordem através das “bocas da verdade”¹⁰⁹.

Em Portugal¹¹⁰ é do ano de 1536 a data do estabelecimento da Inquisição, cujos princípios fundavam as Ordenações Filipinas.

Em França, são as *ordonnances* de 1498 (Luiz XII), de 1539, de 1553 (Francisco I) e de 1670 (Luís XIV) que, sob ordem inquisitorial, tratam de normatizar. A última dessas *Ordonnances* é, tradicionalmente, objeto de estudos mais apurados. Trata-se de um monumento técnico – eis que dotada de regras nítidas, ao estilo dos códigos modernos – sem jamais ignorar seu cerne inquisitorial. As normas, em que pese ignóbeis, são explicitamente prefixadas. O procedimento legal da tortura é minudentado, indicando quando e como são postas em prática. Se decidido que é pertinente, a sentença, proferida por um colegiado no mínimo trino, submete-se de ofício a um reexame obrigatório. São também necessários ao menos três magistrados para julgar casos cujas penas sejam corporais ou infamantes; para a apelação são necessários sete. Os interrogatórios eram secretos, tinham por escopo a confissão e deveriam ser levados a efeito nas 24 horas imediatamente

¹⁰⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, v.1, p. 61-62.

¹⁰⁷ BARREIROS, *Idem*. p. 33.

¹⁰⁸ FIGUEIREDO DIAS, *Idem*. p. 61-62.

¹⁰⁹ BARREIROS, *Idem*. p. 32-33.

¹¹⁰ FIGUEIREDO DIAS, *Idem*. p. 64.

posteriores à prisão, antes que fosse “desperdiçada” a angústia do prisioneiro, a quem se incumbia o dever de responder sem atraso, depois de ter prestado juramento. Evidente que não há lugar para o direito ao silêncio. Sequer direito à defesa tinham os acusados de crimes capitais.¹¹¹

Os demais países europeus – à exceção da Inglaterra, conforme estudado – marcharam todos no mesmo ritmo inquisitorial.

1.6 O Direito ao Silêncio na Modernidade

De volta à Europa Continental, o *Iluminismo* foi o movimento responsável pela reivindicação¹¹² de um reordenamento das instituições jurídico-políticas, com vistas à submissão dos governantes à soberania popular, através da obediência (de todos e deles principalmente) à lei, da divisão constitucional do exercício do poder, das prerrogativas dos magistrados; dos princípios da anterioridade penal e do devido processo legal; dos direitos individuais e do reconhecimento do que se denominou *direitos humanos naturais*.

Destaca-se o pensamento de Cesare BECCARIA¹¹³, ao explicitamente rechaçar a tortura e o interrogatório, por obviamente privilegiarem a auto-incriminação. Seus ensinamentos difundiram-se, porém, sob uma forma distorcida, o que gerou a confecção de dispositivos legais que puniam a utilização do direito ao silêncio e levavam à confissão por tortura, a qual se fundamentava em um alegado desrespeito ao juiz que interrogava. Com PEREIRA¹¹⁴: “a interpretação equivocada dessas idéias expostas por Beccaria, influenciou as legislações nascentes, como a outorgada por Catarina II da Rússia e, 1767 e o Código Austríaco de 1803, que traduziram

¹¹¹ BARREIROS, *Idem*. p. 33-4.

¹¹² É apenas no séc. XIX, com o triunfo do Estado liberal, que se definitivamente monopoliza a prestação jurisdicional como atividade estatal à qual se submetem todos os cidadãos, conforme as mesmas regras procedimentais, desaparecendo por completo as justiças senhoriais que resistiram durante os Estados Nacionais dos séculos XVI à XVIII. (LOPES, *Idem*. p. 259)

¹¹³ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torreri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983. p. 29 et seq..

¹¹⁴ *Idem*. p. 32.

erroneamente seus ensinamentos, no sentido de impor penas severas para o acusado obstinado em manter-se calado durante o interrogatório feito pelo juiz.”

Pietro VERRI¹¹⁵ acreditava que apenas com a abolição do depoimento do acusado é que se poderia efetivamente garantir o direito ao silêncio. Defendia a contradição dos sistemas que lhe institui sempre que pune quem dele faça uso.

À luz do raciocínio desses pensadores, o direito de não produzir prova contra si foi legalizado paulatinamente. No movimento pela abolição da tortura, então autorizada por lei na Europa, destaca-se um decreto de Frederico II da Prússia, de 1740, referência para os vários Estados que o seguiram no final do século XVIII. Alavanca-se enfaticamente com a Revolução Francesa e com a expansão da ideia abolicionista, através das guerras napoleônicas¹¹⁶.

Reflexos políticos do Iluminismo culminaram, em 1789, com a Revolução Francesa, cujos ideais foram positivados na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Destacam-se os artigos 7.^o¹¹⁷, 8.^o¹¹⁸ e 9.^o¹¹⁹ deste documento, de onde se retiram os fundamentos contra a utilização da tortura e da confissão.

Os idealistas do século XVIII estavam crentes de que haviam desvelado racionalmente os direitos naturais – que se definiam como inerentes a cada um dos homens e intrinsecamente inalienáveis –, dentre os quais a liberdade, diametralmente oposta ao interesse de um Estado, agora qualificado de liberal, em punir penalmente os cidadãos através da prisão. Impendia, pois, admitir o

¹¹⁵ VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*. São Paulo: Martins Fontes, 1992. p. 100 et seq..

¹¹⁶ DALARI, Dalmo de Abreu. In: VERRI, *Idem* (prefácio), p. XXI.

¹¹⁷ “Nenhum homem pode ser acusado, preso nem detido senão determinado pela lei, e segundo as formas que ela prescreveu. Aqueles que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas todo cidadão chamado ou detido em virtude da lei deve obedecer incontinentemente; ele se torna culpado pela resistência.”

¹¹⁸ “A lei só deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada.”

¹¹⁹ “Todo homem sendo presumido inocente até que tenha sido declarado culpado, se se julgar indispensável detê-lo, todo rigor que não for necessário para garantir a sua detenção deve ser severamente reprimido pela lei.”

poderio do qual dispõe o Estado perante o cidadão e disponibilizar um instrumento para que o possibilite participar como sujeito no julgamento. Inspirado na tradição inglesa, reestrutura-se o processo, ao ponto de ser percebido como essencialmente acusatório: quem acusa não julga; presume-se a inocência; a acusação prova a culpa; ao acusado garante-se sempre defesa ampla, com contraditório a cada movimentação; aquilo que a acusação narra vincula o juízo, que decide sob provas tarifadas¹²⁰.

Assim se fez, em França, através das Leis de 11 de agosto de 1789 e de 08 de outubro de 1789 – às quais se atribuem, respectivamente, a supressão das justiças senhoriais e a publicidade obrigatória das audiências –; inauguraram o modelo jurídico processual de inspiração inglesa, o qual seria confirmado pela Constituição de 03 de setembro de 1791 e complementado pela lei 16-29 de setembro de 1791. Com esta é que se retoma o júri para os casos graves e reestrutura-se a função jurisdicional: incumbiu-se o inquérito ao juiz de paz; a instrução (com interrogatório do réu e das testemunhas) ao juiz do tribunal (observe-se que ao fim da instrução decidia sobre a pertinência de lavrar o auto de acusação e a convocação de um primeiro júri); a decisão sobre a acusação ao júri de acusação (que era composto por oito membros), com base nos debates orais e contraditórios que aconteciam perante ele¹²¹.

Em seguida, regride-se ao sistema inquisitório através de reformas operadas pelo *Code des délits et des peines*¹²², da *Lei 7 Pluviôse*¹²³ – Ano IX, da *Lei 18 Pluviôse*¹²⁴ – Ano IX e do *Code d’Instruction Criminelle*.

¹²⁰ FIGUEIREDO DIAS, *Idem*. p. 64-5. No mesmo sentido, com MACHADO, cabe ao direito penal, acima de tudo, regulamentar o monopólio da força do Estado, entendido este como instituição política da monopolização, pelo aparato administrativo, da coerção física legítima. (MACHADO, Luiz Alberto. A presunção constitucional de inocência. *Revista da Faculdade de Direito*, Curitiba, v. 27, n. 27, p. 38-9).

¹²¹ BARREIROS, *Idem*. p. 36.

¹²² O código excepcionou casos em que o juiz de paz foi dotado de poderes para instaurar oficiosamente o processo, bem como para instruí-lo a título preparatório, poder este que também se atribuía ao juiz presidente do tribunal do júri. (BARREIROS, *Idem*. 37).

¹²³ Confiou-se ao MP novos poderes e reformou-se a instrução preparatória (já não se dava face a face com júri mas perante um juiz de instrução; restou ao júri de acusação o contato com os autos). (*Idem*).

¹²⁴ Institui tribunais especiais nos quais o acusado era privado de ser ouvido e julgado por um júri. (*idem*).

O modelo liberal de Estado, decorrente da Revolução Francesa, em que o processo penal protege o indivíduo do poder institucional monopolizado, regride de tal forma sob o comando de Napoleão Bonaparte, que se costuma atribuir seu nome ao novo modelo.

Também chamado, equivocadamente¹²⁵, de Sistema Misto ou Reformado as mudanças operadas foram justificadas de forma retórica pelas promessas, tão familiares à contemporaneidade, de se solucionar a hemorragia social da criminalidade através de desatadas sangrias legiferantes.

O Código de Instrução Criminal de 1808, em vigor desde o dia 1.º de janeiro de 1811, saciava os desejos do Imperador de controlar o rumo dos julgamentos mesmo que sem explicitamente o fazer, convencido que foi pelo Conselho de Estado de que por mais que se zelasse, convenientemente, pelo júri de acusação, restava inoperante sua mentalidade acusatória em razão de lidar exclusivamente com os autos do processo, deixando o cerne de sua apreciação – a gestão da prova: secreta e desmuniada de advogado –, para um juiz de instrução. A decisão de acusar não cabia mais a um júri mas ao Ministério Público ou ao ofendido. Contam positivamente, apenas, a separação da atividade acusatória, tanto da atividade judicante quanto da instrutória, e o duplo grau de jurisdição (cujas composições eram colegiadas e profissionais).

Napoleão espalhou a sistemática pelos códigos da Europa continental e, cada um dos Estados, às respectivas colônias. DIAS¹²⁶ relata o movimento em Portugal:

o direito processual penal no período da reconquista era de estrutura acentuadamente acusatória (...). Profundamente reformado depois, por influencia canônica e romana, em um processo de tipo marcadamente inquisitório, só com a Revolução de 1820 volta a ser objeto de reforma e regressa (...) a bases acusatórias que, connexionadas com os princípios tendentes a assegurar um amplo direito de defesa ao arguido e consignados na Constituição de 1826, dão ao processo penal português coevo uma face aceitável,

em que pese maculado em 1837 e 1841, respectivamente, pela Nova e pela Novíssima reforma, bem como por extensa legislação extravagante.

¹²⁵ Era essencialmente inquisitório. (MIRANDA COUTINHO. *Introdução aos...*, p. 165).

¹²⁶ FIGUEIREDO DIAS, *Idem*. p. 67-8.

1.7 O Direito ao Silêncio na Constituição Norte-Americana

A história da liberdade norte-americana coincide, em largos passos, com a história do processo¹²⁷. Os primeiros colonizadores dos Estados Unidos da América deixaram os domínios ingleses em busca de um espaço no qual pudessem se expressar com liberdade. Almejavam por um ordenamento jurídico que lhes garantisse a diversidade de interpretações da Bíblia através, conquanto, do modelo processual tipicamente inglês, cujas cláusulas expressam valores substanciais profundos – de proteção à vida, à liberdade, à propriedade – dos quais é possível extrair a razão de ser de um governo constitucional¹²⁸.

As garantias que caracterizam o devido processo legal foram trazidas da Inglaterra e expressamente incorporadas pela 5ª e pela 14ª Emenda à Constituição norte-americana, sem jamais se explicitarem em lei.

Segundo SUANNES¹²⁹, tem cabido mais ao Poder Judiciário do que ao Parlamento dos EUA dizer do que se compõe o devido processo legal, em que pese a polêmica quanto à possibilidade de o PJ fazer a revisão das políticas governamentais face à Constituição. É o que se convencionou chamar de devido processo legal *substantivo*.

¹²⁷ “A história do due process, notadamente em seu aspecto garantístico, confunde-se com a própria história do sistema judiciário norte-americano, pois com a vinda para o novo continente dos colonizadores ingleses, muito da [sic] Common Law foi por eles trazido e buscado implantar na terra que estavam colonizando.” (SUANNES, *Idem*. p. 106).

¹²⁸ Da separação entre Estado e Igreja – como consequência da insubordinação de Henrique VIII em relação às normas relativas ao matrimônio – fortificou-se o protestantismo. Os puritanos, termo pelo qual ficaram conhecidos os protestantes “radicais”, empenhavam-se para que a Reforma eliminasse qualquer influência do catolicismo. Nada se altera, contudo, no reinado de Elizabeth I, filha da união de Henrique VIII com Ana Bolena, por quem ele se separara de Catarina de Aragão. Quando do início do século XVII, James I novamente rejeitou a petição de reforma dos puritanos, fazendo com que muitos dos seus líderes emigrassem para o *Novo Mundo*. Aportaram em solo norte-americano, mais precisamente no atual norte da Virgínia, em 1620. Declararam independência às colônias em 04.07.1776. Formalizaram-se como confederação em 1778, um ano antes da entrada em vigor da Constituição, cujas normas gabam-se de representar tudo o que se aprendeu em 572 anos, desde a Magna Carta, sobre os limites do poder governamental, propósito central do Constitucionalismo. (Ibidem. p. 106-9).

¹²⁹ *Ibidem*. p. 105.

Com efeito, sob perspectiva *formal*, o devido processo significa a observância de regras procedimentais predeterminadas, remetendo a exigência de que tais normas sejam razoáveis ou proporcionais à uma apreciação substancial¹³⁰.

A Constituição norte-americana compunha-se originalmente por sete artigos, muitos dos quais autênticos capítulos, estruturados em várias sessões. Apresenta-se, conquanto, sintética; aparelha-se, indubitavelmente, com mais princípios do que com regras, o que se justifica, inclusive, pelo fato de os Estados já ostentarem suas próprias Constituições antes da republicana. No ano de 1791, as dez primeiras emendas à Constituição norte-americana foram aprovadas. São emendas responsáveis por explicitar garantias e direitos dos mais caros; sua obrigatoriedade ficara restrita às causas federais ao menos até a década de 60, quando a Suprema Corte norte-americana passou a afirmar categoricamente a aplicabilidade de muitos dos preceitos do *due process* aos processos de competência das justiças estaduais.

Denomina-se o conjunto das tais dez primeiras emendas de *Bill of Rights norte-americano*. Enfeixam uma série de normas relativas ao processo penal; vejamos algumas. Coube à 4ª Emenda garantir a privacidade das pessoas ao exigir mandados judiciais para o cumprimento de buscas e apreensões, sendo sua expedição condicionada à comprovação de justa causa. A 5.ª Emenda refere-se expressamente a *due process clause* pela primeira vez ao cuidar, dentre outros assuntos, de princípios processuais penais. Fixa a competência do júri para os crimes mais graves e proíbe que se processe mais de uma vez a mesma pessoa pelo mesmo fato. Mostra-se especialmente relevante a esse estudo ao dispor que ninguém pode ser obrigado a depor contra si mesmo; *in verbis*: “No person (...) shall be compelled in any criminal case to be witness against himself”¹³¹. Os princípios correlatos ao *fair trial* são objeto específico da 6.ª Emenda ao consignar: o direito a um julgamento rápido proferido pelo júri do local em que o fato

¹³⁰ *Ibidem*. p. 102.

¹³¹ ANDRADE, *Idem*. p. 124.

ocorreu; o direito a informação previa da acusação que ao cidadão se acomete; o direito à assistência de advogado; o direito de arrolar e de inquirir testemunhas¹³². Ratifica-se, em 1868, a 14.^a das Emendas, onde reaparece a expressão *due proces of law*, que então se dirige obrigatoriamente aos Estados-membros: nenhum deles pode desconsiderá-lo ao atingir a vida, a liberdade ou a propriedade dos cidadãos¹³³.

Contudo, foi apenas na sexta década do século passado que a Suprema Corte, sob a presidência de Earl Warren, passou a determinar, caso a caso, a incorporação dos princípios do *Bill of Rights* a todos os processos, independente da autoridade sob a qual se desenvolvesse. Exemplifique-se: em 1914 com *Weeks v. United States* a Corte mandou excluir provas ilícitas, mas tão-só em 1961 com *Mapp v. Ohio*, afirmou valer a norma também para os Estados. Anteriormente eram considerados como deveres exclusivos das autoridades federais. Com SUANNES¹³⁴, acompanhem-se mais alguns dos relevantíssimos cases sobre os quais o autor se debruçou.

Se em 1932, com *Powell v. Alabama* (conhecido como *the Scottsboro case*), a Suprema Corte anulou o feito por ausência de defesa efetiva e em 1942, com *Betts v. Brady*, declarou obrigatória a presença de advogado tão-somente quando se estiverem apreciando crimes cujas penas fossem capitais; em 1963, com *Gideon v. Wainright*, foi que generalizou a quaisquer processos criminais, sob pena de ferir a 14.^a Emenda.

Em 1965, com *Pointer v. Texas*, considerou o direito de reperguntar às testemunhas como componente do princípio de devido processo penal, ao que acrescentou a proibição de fundamentar a condenação exclusivamente em depoimentos escritos.

Em 1966, com *Miranda v. Arizona*, definiu outros três elementos fundamentais à composição do *fare trial*, quais sejam: (a) o dever de presumir a inocência do cidadão e os consequentes (b) direito ao silêncio e (c) direito à assistência de advogado. Consignou também o dever do policial de advertir o

¹³² SUANNES, *Idem*.p. 113-4.

¹³³ *Ibidem*. p. 115.

¹³⁴ *Ibidem*. p. 117 *et seq.*

cidadão, no ato da prisão, sobre a existência desses direitos, bem como do fato de que tudo o que for dito poderá ser usado contra ele em julgamento. Essas são as tão polêmicas *Miranda Warnings*, imensamente rechaçadas tanto pelo senador G. Wallace quanto pelo futuro Presidente Nixon, adeptos ferrenhos do movimento conhecido por *law and order*.

Em 1968, o Congresso norte-americano promulgou o *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*, em que o Poder Legislativo definia os casos nos quais as *Miranda Warnings* podiam ser ignoradas pelos policiais. São eles: as confissões voluntárias, a detenção policial de suspeitos por 6 horas ou mais, sem mandado específico ou flagrante, e a permissão da escuta telefônica, tudo ponderado a critério dos jurados. Sob o lema “*order not rights*” amputam-se conquistas das mais preciosas¹³⁵.

1.8 O Direito ao Silêncio no Brasil Colônia

*“Outro [além da Corte de Lisboa, principalmente através do Conselho Ultramarino] coordenador poderosíssimo [do Brasil que se formava] era a Igreja católica, com seu braço repressivo, o Santo Ofício. Ouvindo denúncias e calúnias na busca de heresias e bestialidades, julgava, condenava, encarcerava e até queimava vivos os mais ousados.”*¹³⁶

Descobertas as novas terras do continente perdido, as respectivas Coroas articularam-se para as *civilizar*, leia-se: violentar e explorar. Utilizaram, para tanto, da força e do direito. Em 1500, Portugal tomou posse desta terra, cuja propriedade e “jurisdição” eram divinamente reconhecidas como de sua titularidade.

Antes mesmo do *achamento* do Brasil, o Vaticano estabelece as normas básicas de ação colonizadora, ao regulamentar, com os olhos ainda postos na África, as novas cruzadas que não se lançavam contra hereges adoradores de outro Deus, mas contra pagãos e inocentes. É o que se lê na bula *Romanus Pontifex*, de 8 de janeiro de 1454, do papa Nicolau V: “(...) Por isso nós, tudo pensando com devida ponderação,

¹³⁵ SUANNES, *Idem*. p. 126.

¹³⁶ RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. 2. ed. 16. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 38.

concedemos ao dito rei Afonso a plena e livre faculdade, entre outras, de invadir, conquistar, subjugar a quaisquer sarracenos e pagãos, inimigos de Cristo, suas terras e bens, a todos reduzir à servidão e tudo praticar em utilidade própria e dos seus descendentes. Tudo declaramos pertencer de direito in perpetuum aos mesmos d. Afonso e seus sucessores, e ao infante. Se alguém, indivíduo ou coletividade, infringir essas determinações, seja excomungado” [...] (in Baião 1939: 36-7).¹³⁷

Segue-lhe, com os mesmos propósitos e em semelhantes termos, em 4 de maio de 1493, a bula *Inter Coetera*¹³⁸.

Do “descobrimento” até 1822, valeram¹³⁹ para o Brasil Colônia as normas que se editavam em Portugal. E eram inúmeras, a ponto de se fazer imprescindível para sua coesa aplicação em sede portuguesa a edição de uma coletânea, que as ordenasse. Assim que, em 1446, concluíram-se as *Ordenações Afonsinas*, cujo pioneirismo, enquanto *código* a tratar de quase todos os assuntos da administração pública, mesmo que com imperfeição, destaca-se tanto frente aos demais países europeus quanto como ponto de partida para as Ordenações que lhe seguiriam em Portugal.¹⁴⁰

Mesclando-se orientações de direito romano (do Direito Civil justinianeu, difundido como *Leis Imperiais*), canônico (em sua vertente interpolada e interpretada – o que se conhece por *Direito Comum*), visigótico, espanhol (por conta das *Leis das Sete Partidas*), português (dentre leis, resoluções e concordatas), além de certos costumes e forais, as Ordenações Afonsinas estruturaram-se em 5 livros, sendo objeto do último deles os temas mais viscerais que as sociedades se propõem a normatizar.

Séculos estão a anteceder o pensamento reluzente de Beccaria e de seus pares; compreensível pois, que o Livro V cuidasse dos delitos e das

¹³⁷ *Ibidem.* p.39-40.

¹³⁸ *Ibidem.* 40.

¹³⁹ Mesmo após a independência, pela Lei de 20 de outubro de 1823, as Ordenações Filipinas continuaram sendo aplicadas aqui. (PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru: Jalovi, 1983, p. 70).

¹⁴⁰ *Ibidem.* p. 54

penas sem atentar para sua proporcionalidade¹⁴¹. Insistia-se à época na absorção, por parte da população, do princípio *da oficialidade da jurisdição*. A lógica que imperava transformava as previsões de penas cruéis¹⁴² em desastrosas armas face ao objetivo de evitar o recurso instintivo à vingança privada ou o cometimento de quaisquer outros delitos, dentre os quais vale ressaltar o de lesa-majestade, punido exemplarmente.

As disposições processuais penais vinham em seguida, sempre as ultimas a tratar, como reza a tradição, por motivos que logo compreende aquele que razoavelmente atenta. As penas distinguiam-se em degraus mensurados pelos estamentos sociais, bem ao estilo feudal. A persecução dava-se pelas *inquirições devassas*, as quais podiam se desencadear através de três modos; quais sejam: (a) por uma *acusação*, documentada no auto de querela; (b) por uma *denúncia*, cuja nota era o caráter secreto corroborado pela dispensa de ser a documentada; (c) por *inquirição*, operada de ofício.

A regra era a de que apenas em caso de inquirição ouviam-se as testemunhas antes de proceder à citação do réu. Este era interrogado sob juramento, momento em que cabiam a *recolatio* (confissão) e a *confrontatio* (exigência feita pelo réu de que as testemunhas fossem inquiridas pelo juiz na sua presença). Posteriormente, abria-se ao réu oportunidade de defesa. Seguindo o espírito das *Ordonnances* francesas, a confissão era o objetivo precípua de todo do interrogatório, durante o qual se utilizavam dos tormentos com frequência.

Quando da vigência das Ordenações Manuelinas, passaram a haver os seguintes tipos de desencadeamento de processos: querelas juradas,

¹⁴¹ “A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. Todo o exercício do poder que deste fundamento se afaste constitui abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; constitui usurpação e jamais um poder legítimo. As penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quão mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano propiciar aos súditos.” (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torreri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983. p. 15).

¹⁴² Assim, “ainda que os castigos cruéis não se opusessem [pois se opõem] diretamente ao bem público e à finalidade que se lhes atribui, a de obstar os crimes, será suficiente provar que essa crueldade é inútil, para considerá-la então odiosa, revoltante, em desacordo com a justiça e a natureza mesma do contrato social”. (*Ibidem*. p. 16).

denúncias e inquirições devassas. O recebimento das querelas condicionava-se a ao menos um testemunho e implicava na prisão do querelado; se o crime não fosse considerado grave, impenhava que em 20 dias se cumulasse uma prova sumária como condição à prisão. Era necessário o juramento do querelado. Todas as sentenças definitivas e as interlocutórias irreparáveis eram sujeitas à apelação, sendo que em relação àquelas, constatada a inércia do defensor, o recurso operava-se de ofício. Os juízes que não julgassem conforme as Ordenações eram punidos: deparados com dúvidas no aplicar da lei, deveriam remetê-las ao Regedor da Casa da Suplicação.¹⁴³

As Ordenações Filipinas¹⁴⁴ não inovaram essencialmente o conteúdo das que lhe antecederam; acresceram basicamente as leis extravagantes supervenientes, com vistas a intelecções e aplicações do direito mais coesas. Não obstante, são estudadas com mais minúcia em razão de serem os donatários quem diziam e desdiziam o direito em seus respectivos campos de atuação, na vigência das Ordenações anteriores no Brasil, fundamentados em *determinações regias* e nas *Cartas de Doação*.

Inicie-se pelo estudo das formas de desencadeamento da acusação. Quanto aos legitimados para as intentar, apenas aos delitos particulares havia uma restrição, qual seja, a de que fosse promovida pela parte ofendida.

Através das querelas é que o ofendido, em crime particular, ou qualquer do povo¹⁴⁵, nos públicos, delatavam ao juízo competente um crime, o que se documentava no auto de querela. Fixava-se o prazo – decadencial, reflete PIERANGELI – de um ano, contado da data do fato para que as procedessem. Compunham-nas: (a) o juramento *de calúnia* ou *de malícia* do querelante (a parte ativa da querela devia jurar pela verdade da informação que prestava, sendo que comprovada a má-fé sujeitava-se ao pagamento das custas em

¹⁴³ PIERANGELLI, *Idem*. p. 60.

¹⁴⁴ Conforme mencionado, FIGUEIREDO DIAS faz lembrar que em 1536 a Inquisição instaurou-se em Portugal; entrelaçadas as noções de crime e pecado, de poder real e poder religioso, as Ordenações Filipinas como que adotaram naturalmente os procedimentos dos Tribunais Eclesiásticos, os quais, estudou-se, não mediam esforços para arrancar confissões. (FIGUEIREDO DIAS, *Idem*. p. 64).

¹⁴⁵ A rigor não era todo o cidadão legitimado; havia proibições previstas em lei. (PIERANGELLI, *Idem*. p. 66).

dobro ou por quantas vezes decidisse arbitrariamente o julgador, o qual também gozava de poderes para determinar outras penalidades); (b) os nomes de quem querelava e era querelado; (c) o reconhecimento do querelante (parte ativa); (d) a indicação de no máximo três testemunhas; (e) o registro de quando e onde se afirmava ter o delito ocorrido; (f) o pagamento de caução, quando o autor fosse um “popular”.

Autuada a querela, a fase seguinte era a do *sumario de querela*, momento em que se ouviam as testemunhas (sob juramento) e consubstanciava-se o corpo de delito – procedimento indispensável, ao ponto de a confissão não o equivaler –, composto pelos testemunhos, por exames oculares e por demais elementos contextuais.

Havia, por outro lado, um mecanismo pelo qual crimes públicos previamente selecionados poderiam ser comunicados independentemente da identificação do autor ou de outras formalidades que não o juramento e a fiança, mas cobravam do autor as custas – o que leva a crer que não havia publicização de seu nome mas que havia registros – quando não demonstrada a culpa do imputado. Chamava-se de *denúncia* e faz-se análoga à *notitia criminis* contemporânea. Seguiam procedimentos investigatórios operados de ofício pelo juiz.

Vejam-se os mecanismos. *Devassas* eram perguntas não judiciais (pois dispensavam citação, mas que se jurisdicionalizavam pela *confrontacio* ou pela expressa concordância do réu ou em caso de prisão em flagrante) feitas com o fito de colher informações sobre as circunstâncias dos delitos. Desconhecida a autoria, procediam investigações *gerais* para apurar tudo o que fosse pertinente. Essas *devassas gerais* eram operadas por corregedores, por juizes ordinários (anualmente, logo que assumiam seus cargos), e por juizes de fora (os quais vinham às comarcas todo mês de janeiro de cada ano, daí a alcunha de *Janeirinhas*). Tendo-se por certa aparentemente a autoria, os juizes (competentes ordinariamente em razão do lugar do delito, ou àqueles

que por comissão se atribuíassem) procediam as inquirições minudentes, denominadas *devassas especiais*.¹⁴⁶

Não há que se falar em direito ao silêncio na medida em que os juízes utilizavam os tormentos no interrogatório de réus acusados de crimes graves. Em um primeiro momento, sua execução – que se fazia longe dos olhos do povo – dependia de decisão judicial (sujeita a recurso), cujo deferimento exigia a acusação escrita e a demonstração de fortes indícios.

Daí concluir PEREIRA:¹⁴⁷

Outrossim, durante a vigência das Ordenações Filipinas, o privilégio contra a auto-incriminação não encontrou terreno propício ao seu desenvolvimento, o que fica explícito devido à característica inquisitorial da dita legislação. (...) O processo penal era usado como demonstração de força e como forma de manutenção do poder. Enfim, a atmosfera que circundava o processo criminal era incompatível com a liberdade necessária para o respeito ao privilégio contra a auto-incriminação e o direito ao silêncio.

1.9 O Direito ao Silêncio no Brasil Império

1.9.1 A Constituição de 1824

Segundo BECCARIA,¹⁴⁸ enquanto escrevia *Dos Delitos e das Penas* os legisladores europeus já tinham percebido que a tortura era uma fraude, incapaz de garantir *Verdade*; limitavam-se, não obstante, “a considerar que as confissões dos acusados pelos suplícios são nulas se não estiverem acompanhadas pelo juramento. Se contudo, se recusar a confirmá-las, voltará a ser torturado.”

À postura de Dom Pedro I em relação ao modo como via a tortura e o contexto em que se insere, entretanto, cabem ressalvas. Marcado pelos princípios da razão iluminista, empenhou-se em os implementar em território nacional. Ao menos três diplomas por ele encampados são dignos de menção:

¹⁴⁶ LOPES, *Idem*. p. 272 *et seq.*

¹⁴⁷ PEREIRA, *Idem*. p. 65-6.

¹⁴⁸ BECCARIA, *Idem*. p. 34.

a Constituição Imperial, o Código Criminal de 1830 e o Código de Processo Criminal de 1832.¹⁴⁹

Vale destacar a axiologia adotada pela Constituição de 1824, em cuja redação de cunho eminentemente liberal o Imperador empenhou-se pessoalmente. (Ressalve-se, todavia, do Quarto Poder – o Moderador –, que por si contradiz os escopos e instrumentos iluministas). O artigo 159, *e. g.*, publicizava todos os atos processuais posteriores à pronúncia. Destaque também aos parágrafos do artigo 179 – cuja base eram a liberdade, a segurança individual e a propriedade, conquanto o *caput* excepcionasse escravos e estrangeiros – tais quais o parágrafo 8.^o (que garantia ao preso o conhecimento do motivo da prisão e dos nomes daqueles que o acusaram), o parágrafo 11 (que nos seguintes termos encampava o princípio do devido processo legal: “Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, por virtude de lei, e na forma por ela prescrita.”), o parágrafo 19 (que abolia a tortura e as penas cruéis).

Importa aqui uma segunda ressalva: de fato, estava tudo garantido mas, em cotejo com a realidade, as garantias não eram implementadas. O hiato entre o que se tem na lei e a forma como se implementa já aqui pode ser identificado.

Com PEREIRA¹⁵⁰: “Quanto ao direito ao silêncio ou mesmo em relação ao privilégio contra a auto-incriminação, retórica e implicitamente foram assegurados com a proibição da tortura, mas, na prática, sua observância foi incompatibilizada pelas estruturas destinadas à manutenção do *status quo*.”

Quanto ao segundo diploma legal destacado, o Código Criminal de 1830, assevera PEREIRA¹⁵¹:

O Código Criminal do Império Brasileiro (que vigorou até 1890) quando afrontado com as Ordenações Filipinas (incrustadas pelo modelo inquisitorial), representa significativo avanço na legislação pátria, embora conservasse em seu bojo traços do direito tradicional, agravados no Brasil por ser uma sociedade muito mais hierarquizada e discriminadora. Adota princípios de liberdade e igualdade mais na

¹⁴⁹ PIERANGELLI, *Idem.* p. 97 *et seq.*

¹⁵⁰ *Idem.* p. 91.

¹⁵¹ *Idem.*

teoria que na prática, como se comprova com a observância do escravismo até quase o fim do século e com os reais privilégios sempre havidos na aplicação da lei.

Merece registro, ainda, a *Decisão* n.º 148, de 6 de outubro de 1828, que proibiu o conhecimento de crimes incertos através das devassas.

O Código de Processo Criminal de Primeira Instância, promulgado em 1832, tinha dispositivos de proteção aos direitos humanos e era de inspiração liberal-conservadora. Não há mais devassas¹⁵². Agora, cidadãos com os quais a população local de cada distrito¹⁵³ travava relações estreitas é que se dedicavam à atividade instrutória: os juízes de paz¹⁵⁴, eleitos que eram simultaneamente aos vereadores, formavam a culpa dos acusados (parágrafo 4.º do artigo 12) nos Juizados de Instrução, enviando ao júri de acusação o processo em caso de conclusão pela procedência da denuncia ou queixa. Cometeu-lhes ainda, como órgão judiciário, dentre outras funções as de (a) julgar contravenções municipais (parágrafo 7º, 1ª parte, do artigo 12) e crimes punidos com penas leves¹⁵⁵ e (b) conceder fiança (art. 12, parágrafo 6.º) Responsabilizaram-lhes também, acometidos que foram por tarefas de polícia judiciária, pelo auto de corpo de delito (art. 12, parágrafo 4.º) e, na função de polícia administrativa, por vigiar (art. 12, parágrafo 1.º) e prender (art. 12, parágrafo 5.º) quem merecesse.¹⁵⁶

Os populares componentes do *Conselho de Sentença* do *Júri de Acusação* recebiam a denuncia ou a queixa instruída pelo juiz de paz e decidiam sobre sua admissibilidade, pronunciando ou impronunciando o réu. Naquele caso, competia ao *Júri de Sentença*, bem à moda inglesa, o julgamento do processo em si.¹⁵⁷

¹⁵² LOPES. *Idem*. p. 273.

¹⁵³ As províncias estavam administrativamente divididas em comarcas, termos e distritos.

¹⁵⁴ Esses juízes de paz reuniam-se em sessões públicas e periódicas denominadas *juntas de paz*, cuja competência era de rever, em nível recursal, certas decisões dos juizes de paz, os quais atuavam individualmente pelo período de um ano em seus respectivos distritos. (PIERANGELI. *Idem*. p. 104).

¹⁵⁵ Entendidas as menores do que seis meses de prisão ou degredo; processavam-se sumariamente. (LOPES. *Idem*. p. 273).

¹⁵⁶ PIERANGELI. *Idem*. p. 105-106.

¹⁵⁷ *Idem*.

Em substituição aos antigos juízes de fora, nomearam-se *juízes municipais* os quais, pois, exerciam jurisdição policial (3.º do art. 12), além de lhes acometer a concessão de habeas-corpus e a execução de sentenças e mandados dos *juízes de direito*.¹⁵⁸

Estes eram os únicos aos quais se exigiam formação técnica no curso superior de Direito, sendo nomeados em caráter vitalício, por decisão do Imperador. Por conta disso, vínculos estreitos (e de consequências nefastas) eram desencadeados¹⁵⁹ entre esses juízes municipais – que detinham poderes de supervisão sobre os demais juízes, extintos que estavam os antigos ouvidores – e o titular do Poder Moderador. Os juízes municipais também presidiam os procedimentos do Júri e, em grau recursal, afiançavam, prendiam ou concediam habeas-corpus.¹⁶⁰

Quanto ao desencadeamento do processo, nesse tempo se fazia (a) por denúncia do Ministério Público, em crimes públicos, ou (b) por denúncia dos cidadãos (incluindo-se a própria vítima, que assumiria a parte principal da acusação quando o MP ainda não houvesse agido ou, tendo o MP intervido, como *auxiliar da acusação*¹⁶¹); (c) em crimes privados, desencadeava-se por queixa da vítima ou de seu representante legal; e, (d) em quaisquer dos casos, de ofício pelo juiz de paz. Este era pelo Código incumbido de proceder a formação da culpa, o auto de corpo de delito, inquirir testemunhas sob juramento, lavrar auto circunstanciado do fato e mandar citar o suspeito.¹⁶²

Não era permitido oferecer denúncias ou queixas contra o Imperador, regra que engrossava as regalias¹⁶³ do Poder Moderador. Todos os demais cidadãos, desde que não se encontrassem em revelia – caso em que se excepcionava a regra da publicidade do processo –, seriam interrogados pelas autoridades responsáveis pelo auto de flagrante (art. 132), pelo juiz

¹⁵⁸ *Idem*.

¹⁵⁹ Em que pese a inamovabilidade ser garantida, ressalvavam-se as hipóteses de (a) promoção ao Tribunal de Relação e (b) *exigência por utilidade publica* (art. 45).

¹⁶⁰ LOPES. *Idem*. p. 273. PIERANGELLI. *Idem*. p. 105-6.

¹⁶¹ PIERANGELLI. *Idem*. p. 111.

¹⁶² *Ibidem*. p. 115-6.

¹⁶³ Também não era permitido oferecer denúncias ou queixas contra os parlamentares, excluídos os vereadores.

durante a fase da formação da culpa (no caso de surgirem informações nebulosas quando da oitiva das testemunhas; art. 142), pelo Presidente dos trabalhos dos júris de acusação (quando os testemunhos eram novamente tomados; art. 245) e de sentença (art. 259).

Em que pese inferir-se do princípio da presunção da inocência a face defensiva do interrogatório, na prática seu objetivo é extrair a confissão do réu; por mais que se exigisse para sua válida incorporação ao processo que não decorresse de tormentos ou quaisquer tipos de coação (art. 98), os magistrados incorriam em abuso, conscientemente ou não¹⁶⁴.

Desde então a doutrina, tal qual Pimenta Bueno, conclamava aos magistrados para fazer do interrogatório, sobretudo, efetivo meio de defesa do acusado, evitando perguntas insidiosas ou ameaçadoras, bem como promessas rasas de absolvição, em troca de uma confissão, deveras falsa¹⁶⁵.

Conclui PEREIRA¹⁶⁶ que

não havia regramento contemplando a hipótese de o réu silenciar ou mentir (...).As determinações do referido estatuto processual foram tomadas como extremamente favoráveis aos acusados, fruto do espírito liberal que o insuflava, levando-o a ser festejado pelo respeito aos direitos individuais e devido a isto, em tese, coadunar-se com o privilegio contra a auto-incriminação (especialmente devido a influencia do direito inglês). Todavia, a evidente democratização processual alcançada com o modelo adotado pela legislação de 1832 não se fez sentir (infelizmente) em sua práxis, principalmente por conta das deturpações, fruto principalmente da mentalidade dos juizes que, via de regra, tinham sua origem vinculada à velha estrutura das Ordenações Filipinas.

1.9.2 A reforma de 1841

À abdicação de D. Pedro I em 1831 seguiu um projeto frustrado de reforma constitucional, de contornos ultraliberais, republicanos, federalistas e presidencialistas. Todavia, emergiu dos debates infundáveis sobre o projeto um

¹⁶⁴ Daí se insistir na implementação da defesa ampla do acusado como um princípio. O advogado é tecnicamente preparado para enfrentar esse tipo de violência. Para tanto, impende que se garanta contato prévio e reservado com o defensor; do contrário, prejudicado inquestionavelmente estará o inquirido.

¹⁶⁵ BARROS, Antônio Milton de. A defesa do acusado e sua intervenção no interrogatório judicial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 14, p. 132, abr./junh. 1996.

¹⁶⁶ *Idem*. p. 76.

Ato Adicional descentralizador e democrático, cujas normas emendaram-se à preservada Constituição de 1824. Através dele permitiu-se que as Assembléias Provinciais legislassem sobre “organização civil, judiciária, eclesiástica, [além] de dispor sobre a instrução publica, desapropriação, funcionalismo e impostos.” Porém, pela *lei interpretativa de 12 de maio de 1840* a regra não mais valeria quanto à nomeação de funcionários públicos, incluídos os magistrados, demarcando um evidente retrocesso.

Novas diretrizes fazem-se presentes e fortes com a aprovação, em 3 de dezembro de 1841, da *Lei n.º 261* e, em 31 de janeiro de 1842, do respectivo *Regulamento n.º 120*. Foram diretrizes robustecidas por um conservadorismo, cuja agudez separou da população local os legitimados para as funções de polícia preventiva, repressiva, informativa e probatória. Centralizaram-nas em rija hierarquia – composta por, entre outros, inspetores de quartirão, subdelegados, delegados e chefes de polícia – cujo cume ocupava o Ministro da Justiça. Eram inúmeros cargos de livre nomeação e exoneração, pelos quais vínculos e mecanismos essenciais à manutenção daquela estrutura sócio-política eram ultivados de forma deliberada e segura.

Passa-se de um *judicialismo policial* a um *policialismo judiciário*. É o que se percebe pelas então funções da polícia judiciária (que pelo Código de Processo Criminal eram afetas aos juízes de paz): “proceder a corpo de delito; expedir mandado de busca e apreensão; prender os pronunciados; julgar os crimes dentro de sua alçada”¹⁶⁷ e, concorrentemente com os juízes municipais, formar a culpa do acusado.

Perceba-se que

os dois primeiros interrogatórios (agora reduzidos a três) passaram para a competência da Polícia, a qual sistematicamente desrespeitava o mandamento legal de apenas qualificar o réu e ouvir as alegações do condutor e das testemunhas que estivessem acompanhando o flagrante. Verifica-se, assim, que as atribuições cometidas à Polícia de processar e julgar, associadas à inexistência de quaisquer garantias aos acusados, revelaram-se um terreno profícuo para a disseminação da corrupção e das pressões advindas dos poderosos (as oligarquias rurais). Assim é

¹⁶⁷ PIERANGELLI. *Idem*. p. 141.

que as autoridades policiais durante os interrogatórios extrapolavam as determinações legais, extorquindo a confissão dos acusados.¹⁶⁸

Inviável, pois, silenciar.

Foram abolidas as juntas de paz; os juízes de paz permaneceram infinitamente tolhidos em seus campos de atuações. Em um movimento – que poderia parecer ingênuo, se traiçoeiro não fosse – retrocedeu-se ao confiar a nomeação de juízes municipais ao Imperador, cabendo também a ele e aos presidentes das províncias a suspensão daqueles. Privilegiaram-se os juízes de direito, por normas de maior número e importância. Conferiu-se mais força o MP – o que, contudo, tinha por objetivo recrutar o maior número de pessoas que denunciassem os revoltosos –; por outro lado, submeteu-se sua nomeação ao Imperador e sua permanência às demais engrenagens políticas.¹⁶⁹

1.9.3 A reforma de 1871

Já nesses tempos os parlamentares brasileiros cometiam-se de tentativas insistentes e frustradas de reformas da normativa processual penal. Em 20 de setembro de 1871, vingara – enfim, mas não tão felizmente – um dos tantos projetos. Para uns, por apadrinhamento de José de Alencar, para outros, de Dom Pedro II, a Lei n.º 2033, cujo decreto 4824 regulamentou, resultou a rigor de um acordo político entre liberais e conservadores, alinhavado e arrematado pelo Visconde do Rio Branco.

Minimizam-se as atribuições de chefes de polícia, delegados e subdelegados, de forma a não mais permitir que se pronunciassem e julgassem.

No entanto, as contravenções e pequenos delitos continuaram sendo processados pelas autoridades policiais (art. 11 do Decreto 4824/1871), bem como restou aos Chefes de Polícia a atribuição para formar a culpa e pronunciar nos casos previstos

¹⁶⁸ PEREIRA. *Idem*. p. 80.

¹⁶⁹ PIERANGELLI. *Idem*. p. 141-3.

no art. 60 do Regulamento n.º 120/1842, ou seja, quando da ocorrência de crimes graves que por suas peculiaridades para sua elucidação e punição dos culpados, exigissem a presença dos Chefes de Polícia nos Termos ou Comarcas que os convocassem (art. 12 do Decreto n.º 4824/1871).¹⁷⁰

Acertadamente, extinguiu-se o procedimento oficioso de formação da culpa, excepcionados os casos de flagrante, crimes policiais e de responsabilidade.

Outrossim, a peculiaridade tupiniquim foi incumbir à polícia o recém-criado inquérito policial, cujas secretas investigações – inacessíveis à defesa, pelo que se inviabiliza o contraditório e o privilégio contra a auto-incriminação – devem dar conta de reunir todos os elementos capazes de elucidar as circunstâncias dos fatos aparentemente típicos dos quais tiverem conhecimento, inclusive através do interrogatório.

Uma das fases em que é permitido fazer perguntas ao indiciado é durante o inquérito policial (desde 1871, subsistindo no artigo 6º, V, do CPP atual). Pelo Decreto nº 4824/1871, nos artigos 39 nº 4º, e 42 nº 3, em consonância com o artigo 132 do Código de Processo Criminal de Primeira Instância, as perguntas deveriam ser feitas como diligência do inquérito, podendo ocorrer em caso de flagrante delito, ou ainda antecedendo ou complementando o corpo de delito. As respostas (ou a confissão) do indiciado deviam ser tomadas como um indício, carecendo de comprovação por outros meios. Nessa fase, apesar de seu cunho inquisitorial, a legislação não centrava a prova exclusivamente na confissão (embora a tortura praticada em segredo continuasse buscando sua incidência). Inexiste nessa legislação disposição regulando a hipótese da negativa do indiciado em responder.¹⁷¹

Por conseguinte, a reforma de 1871 permite arbitrariedades. Destacam-se as investigações sigilosas, às quais os membros do Conselho de Sentença, do Tribunal do Júri, tem acesso. Dessa forma, na medida em que os membros do júri têm acesso a todo este material, que é (re)produzido unilateralmente e sem contraditório, o resultado que se tem em mãos chega, assim, viciado.

1.10 O Direito ao Silêncio no Brasil Republicano

Na nova ordem instaurada pela Constituição de 1891, o direito ao silêncio não foi explicitado. Não obstante, entende-se que o privilégio contra a

¹⁷⁰ PEREIRA. *Idem*. p. 81-2.

¹⁷¹ PEREIRA. *Idem*. p. 84.

auto-incriminação está implícito no princípio da ampla defesa. Todavia, não existia implementação prática, eis que “...apesar da abolição da escravidão, a sociedade caracterizava-se por desigualdades profundas e pela concentração do poder. Nessas circunstâncias, o liberalismo adquiria um caráter de consagração da desigualdade, de sanção da lei do mais forte.”¹⁷²

Ainda pela Constituição de 1891, competiu-se implicitamente aos Estados-membros¹⁷³ a legislatura em matéria processual penal, do que avulta uma diversidade de entendimentos sobre o que se historicamente¹⁷⁴ tem se entendido ser necessário unificar. Nem todos os Estados fizeram uso daquela prerrogativa constitucional. Destaca-se, entretanto, a iniciativa vanguardista do Distrito Federal ao publicar, em 5 de fevereiro de 1925, o Decreto n.º 16.751, seu Código de Processo Penal, cujos dispositivos não extirpam (por ser infactível) a investigação preliminar, mas da qual emana um inquérito policial ao qual não se tem acesso em momento posterior ao oferecimento da denúncia ou queixa. Permanece em cartório, lacrado, apartado dos autos e do contado com o juiz ou os jurados.¹⁷⁵ Era imprescindível à condenação do réu que se provasse sua culpa através de provas produzidas no processo, substancializando-se, assim, o contraditório. PIERANGELI¹⁷⁶ relata apenas uma entre as subcomissões incumbidas da reforma desse Código, do que se pode cogitar o desconforto que deve ter gerado.

Os ânimos foram acalmados pelo dispositivo constitucional de 1934 (art. 5.º, XIX), desde quando não mais se alterou a competência privativa da União de legislar em sede processual.

A Constituição de 1934, filha que foi do golpe de 1930, garantiu apenas formalmente os direitos individuais oriundos de 1891 — inclusive através do

¹⁷² CARVALHO, José Murilo de. *A formação das almas: o imaginário da república do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990, p. 25.

¹⁷³ Art. 34, parágrafo 23.

¹⁷⁴ É o contrário do que ocorre no *common law*, onde o povo diz sobre o direito material e a União concentra o aparato processual, o que obstrui certas gambiarras antidemocráticas. (Anotações de aula desta acadêmica, em 30.09.04, na disciplina de Direito Processual Penal ministrada pelo Professor Titular Doutor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho).

¹⁷⁵ Anotações de aula desta acadêmica, em 30.09.04, na disciplina de Direito Processual Penal ministrada pelo Professor Titular Doutor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho.

¹⁷⁶ *Idem*. p. 166.

princípio da ampla defesa —, assim, não há que pensar na possibilidade de exercer o direito ao silêncio com segurança, sem represálias. Era tempo de um autoritarismo cuja Constituição *Polaca* de 1937 veio, na sequência, coroar.

Em 1946, ares democráticos foram trazidos pela Constituição de 18 de setembro, cujos dispositivos consignavam direitos individuais. Foi apenas um fôlego formal e breve, tendo-se em vista o afogamento capital da cidadania operado pela ditadura militar que se imporia longamente. São de sua lavra a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional n.º 1 de 1969¹⁷⁷, cujas normas não se implementavam juridicamente em razão dos *Atos Institucionais*. O de número 5, de todos o mais radical, estilhaçava explicitamente as liberdades civis.

O direito ao silêncio e o privilégio contra a auto-incriminação não constaram explicitamente dos textos constitucionais anteriores a 1988. Embora implicitamente estivessem assegurados, verifica-se, principalmente pelo conturbado contexto político apresentado, que sua práxis não passou de utopia. A história política e jurídica de nosso país demonstra que, não obstante as profundas modificações de governo e de regime estabelecidos, os mesmos grupos ou pessoas obstinadas pelo poder (os velhos atores) inviabilizaram o usufruto desse direito, por considerá-lo incompatível com sua ânsia de dominação¹⁷⁸.

1.10.1 Algum contato com o Código de Processo Penal de 1941

De inspiração totalitária, bem à moda do CPP italiano de 1930 (*Codice Rocco*), sobrepunham-se no CPP de 1941 os interesses repressivos do Estado em relação aos direitos individuais fundamentais dos cidadãos.

A par da imanente superioridade do aparato estatal perante o cidadão que é acusado e investigado, impressiona o modo pelo qual a *Exposição de Motivos* do CPP lida com a questão. A começar, pasme-se, pelo mandamento

¹⁷⁷ Os parágrafos 15 e 16 do artigo 153 contemplavam os princípios da ampla defesa e do contraditório. (BARROS, *op. cit.*, p. 135). “Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 15. A lei assegurará ao acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá fôro privilegiado nem tribunais de exceção. § 16. A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu.”

¹⁷⁸ PEREIRA, *Idem.* p. 96.

de restrição do princípio da presunção de inocência: “É restringida a aplicação do in dúbio pro reo”, afirma, sem cerimônia.

Segue considerando os direitos individuais exorbitantes, exagerados, falseados: “Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum.”

Perceba-se o quão louváveis se podem fazer parecer tais exortações. O motivo pelo qual se comprimem os direitos públicos subjetivos, sem resquício algum de avexamento, é empunhado pelos que se ufanam de ser autênticos salvadores da pátria. Com filáucia, erguem as bandeiras do bem comum, da ordem pública, da defesa social, razões que são tão docilmente adaptáveis, para o pesar da cidadania e ao bel-prazer de quem as hasteia.

2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO DIREITO AO SILÊNCIO

O fundamento jurídico imediato do direito ao silêncio encontra-se no inciso LXIII, do artigo 5.º, da CR de 1988 e, mediatamente, nos princípios constitucionais da não auto-incriminação, da dignidade da pessoa humana, da presunção da inocência do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

2.1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O termo “dignidade” é de origem latina; significa honra, virtude, consideração. O alcance da palavra varia de sociedade para sociedade ao longo do tempo, não sendo possível conceituá-lo definitivamente. Com CANOTILHO:

A densificação dos direitos, liberdades e garantias é mais fácil do que a determinação do sentido específico do enunciado dignidade da pessoa humana. (...) Quanto à dignidade da pessoa humana, a literatura recente procura evitar um conceito fixista, filosoficamente sobrecarregado (dignidade humana em sentido 'cristão e/ou cristológico', em sentido 'humanista-iluminista', em sentido 'marxista', 'em sentido sistémico', em sentido 'behaviorista').¹⁷⁹

KANT¹⁸⁰ contrapõe o valor dignidade àquilo que se pode atribuir quantificação pecuniária: “No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente, mas, quando uma coisa está acima de todo preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade”.

Por conseguinte, dignidade é algo indisponível, que não tem preço, como a vida, a personalidade e o afeto. Com MORAES¹⁸¹:

¹⁷⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed., Coimbra: Almedina, 1993, p. 363.

¹⁸⁰ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, trad. Paulo Quintela, Lisboa, Ed. 70, 1986, p. 77.

¹⁸¹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 5ª ed., São Paulo: Atlas, p. 66. Conferir, SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1995. p. 108: “O que se percebe em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a

A dignidade é um valor espiritual e moral, inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Quando os seres humanos reconhecem-se uns nos outros e tratam-se de acordo com a dignidade que lhes é comum emergem, conseqüentemente, uma série de noções, dentre as quais se pode enquadrar a inexigibilidade de auto-incriminação. Sob as peculiaridades de sua época, VERRI assim expressa-se sobre a questão:

Se é injusto que um irmão acuse criminalmente o outro, com tanto mais razão será injusto e contrário a voz da natureza que um homem se torne acusador de si mesmo e que as duas pessoas, a do acusador e a do acusado, se confundam numa só. A natureza inscreveu no coração de cada um a lei primária da autodefesa, e a ofensa contra si mesmo e a acusação criminal da própria pessoa constituem ou um ato de heroísmo, quando realizado espontaneamente em alguns casos, ou uma tirania da maior injustiça se, à força de maus-tratos, se quiser obrigar um homem a tanto.¹⁸²

O valor dignidade humana foi adotado como fundamento da República pela Constituição de 1988. Para resguardá-lo instituíram-se uma série de direitos e garantias, dentre os quais o de permanecer calado. Oportunizar o direito ao silêncio significa contribuir com o tratamento digno da pessoa humana, na medida em que reitera a necessidade de se presumir a inocência do cidadão, garantindo-lhe que entre quaisquer acusações e a aplicação de penas haverá um processo que lhe assegure defesa ampla e contraditória aos passos da acusação, a quem se incumbe de provar a culpa.

2. 2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Tratado no ano de 1988 pela primeira vez de forma explícita em uma Constituição brasileira, o princípio da presunção da inocência significa –

dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças. A concepção do homem-objeto, como visto, constitui justamente a antítese da noção da dignidade da pessoa humana.”

¹⁸² VERRI, *Idem*. p. 97.

ensina MACHADO¹⁸³ – que “o acusado é culpado apenas e tão-somente após o transitado em julgado da sentença criminal condenatória, nos exatos limites desta; até então, até a condenação transita em julgado, a presunção de inocência se embaralha e se apóia no princípio processual criminal do *in dubio pro reo*: a prova não definitiva ou duvidosa trabalha em favor do acusado”.

Filho dos empenhos libertários da Revolução Francesa,¹⁸⁴ o princípio da presunção de inocência é conquista que em 1791 foi escrita em norma jurídica, contemplada originariamente pelo artigo 9.º da *Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão*¹⁸⁵. Cabe mencionar o ano de 1948, quando a Organização das Nações Unidas dela tratou através da sua *Declaração Universal dos Direitos Humanos*¹⁸⁶.

O modo pelo qual se relacionam os princípios da presunção da inocência e da dignidade da pessoa humana é dos mais íntimos. Ilustre-se com a perspicaz observação de DALLARI no prefácio de *Observações Sobre a Tortura* de Pietro Verri:

como fica evidente em várias passagens da obra de Verri, havia a crença em que juízes mais cultos seriam menos cruéis, pois o desenvolvimento da razão deveria levar ao reconhecimento da dignidade da pessoa humana. Pode-se dizer que já se enuncia a idéia da presunção de inocência do acusado, em lugar da presunção de culpa que servia de justificativa para a tortura, como bem registra Michel Foucault em *Vigiar e Punir*.¹⁸⁷

Continua DALLARI: “Cabe ainda assinalar que na obra de Verri é denunciado com extraordinária eloquência o equívoco – às vezes produto da malícia, outras de crença ingênua – de afirmar que a confissão do acusado elimina qualquer dúvida quanto à sua culpa.”¹⁸⁸

Presumindo-se a inocência, é a prova da culpa do suspeito que se admite. Incumbe à acusação, percebe-se, o ônus da prova, sendo-lhe inadmitido exigir do acusado que colabore consigo. “O direito ao silêncio

¹⁸³ MACHADO, *Idem*. p. 37.

¹⁸⁴ *Idem* e FIGUEIREDO DIAS, *Idem*. p. 67.

¹⁸⁵ FIGUEIREDO DIAS, *Idem*. p. 67.

¹⁸⁶ CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *O processo penal em face da Constituição*. 2. ed. reesc. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 95.

¹⁸⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. In: VERRI, *Idem* (prefácio), p. XIX.

¹⁸⁸ *Idem*.

relaciona-se com a presunção de inocência na medida em que esta impede que o exercício daquele seja interpretado em desfavor de quem o exerce.”¹⁸⁹ É justo este o ponto central da interseção entre a presunção da inocência e o direito ao silêncio.

A acusação deve proceder àquela prova segundo o rito disposto em lei. A lei deve ser prévia ao caso penal em exame, como garantia de que o réu terá um julgamento justo. Suas normas devem oportunizar, passo a passo, manifestação ampla e efetiva da defesa. O escopo é o de respeitar e promover a dignidade da pessoa humana. Com AZEVEDO¹⁹⁰: “O direito à defesa e o contraditório, como adverte Illuminati, estão resumidos no princípio da presunção de inocência, a tutelar imediatamente o acusado e mediatamente a correção da atividade jurisdicional, possibilitando o justo processo.”

Nessa esteira, passa-se ao estudo de mais um elo a compor a fundamentação jurídica do direito ao silêncio.

2.3 O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

É peculiar à concepção liberal de Estado de Direito – característica também do Estado Democrático de Direito – atribuir-se o poder-dever de aplicar sanções penais previa e exclusivamente instituídas em lei à função jurisdicional. Com FIGUEIREDO DIAS¹⁹¹, “a verificação do crime e a aplicação da sanção só podem ter lugar em processo, i. é., através de procedimento judicial fixado: *nulla poena sine processu (sine judicio)*. Não apenas, portanto, legalidade dos crimes e das penas, mas legalidade da inteira repressão”.

Portanto, além dos tipos penais, o *processo* pelo qual se julgam os cidadãos deve igualmente estar *antevisto em lei*. Não é só: suas *normas* devem ser intrinsecamente *justas* e compatíveis com os preceitos

¹⁸⁹ MOURA; MORAES, *Idem.* p. 138. No mesmo sentido: MÉDICI, Sérgio de Oliveira. Interrogatório do réu e direito ao silêncio. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 694, p. 307, ago. 1993.

¹⁹⁰ AZEVEDO, David Teixeira. *O interrogatório do réu e o direito ao silêncio*. Revista dos Tribunais, São Paulo. V. 682, p. 289, ago. 1992.

¹⁹¹ *Idem.* p. 77.

constitucionais. São, respectivamente, as perspectivas formal e substancial do *due process of law*.¹⁹²

O devido processo *penal* – denominação preferível, quiçá, ao originário *legal*, pois transita-se em território criminal especificamente¹⁹³ – impõe-se como direito fundamental do homem frente à persecução penal do ente estatal. É através do direito ao devido processo que o tratamento digno à pessoa humana vem garantido ao lhe proporcionar os direitos à ampla defesa e à contraposição de cada um dos fatos apresentados. Os princípios da ampla defesa e do contraditório emergem, assim, corolários ao princípio do devido processo legal.

A dificuldade de conceituar o devido processo legal comporta, a rigor, relativa vantagem, já que é capaz de evitar uma possível petrificação de seu significado, por si prejudicial e incompatível com a função de um princípio. “Fluido” é o adjetivo escolhido por SUANNES¹⁹⁴ para acompanhar o conceito de devido processo legal porque o seu significado “aumenta ou diminui ao sabor do momento histórico”.

Certo é, porém, que as normas do devido processo legal o contornam de modo a exigirem a garantia da promoção de uma *equidade procedimental*¹⁹⁵. Significa, constatada a disparidade das posições de onde partem acusador e acusado¹⁹⁶, – visto que desde o início das atividades goza o Estado de um complexo de prerrogativas, dentre as quais de um aparato investigatório cujos atos, teoricamente inofensivos, não raro servem de supedâneo à fundamentação de uma decisão condenatória – a necessidade de se as reequilibrar. Do contrário, ter-se-ia por iníqua a disputa travada entre cidadão e poderio estatal¹⁹⁷.

Por princípio do devido processo legal se entende o direito do cidadão de ter estatuído em lei (vigente, elaborada regularmente e promulgada), um

¹⁹² TUCCI, *Idem*. 64-65.

¹⁹³ *Ibidem*. p. 69.

¹⁹⁴ *Idem*. p. 105.

¹⁹⁵ SUANNES, *Idem*. p. 102.

¹⁹⁶ MAIER, Júlio B. J. *Derecho Procesal Penal Argentino*. Buenos Aires: Hamumurabi S. R. L., 1989. t. 1, v. b, p. 347 *et seq.*

¹⁹⁷ SUANNES, *Idem*. p. 105.

procedimento destinado à investigação, à instrução e ao julgamento de fato tido como penalmente relevante.¹⁹⁸ As normas componentes desse procedimento, por sua vez, devem dignificar a pessoa humana: devem presumi-la inocente e oferecer-lhe meios efetivos de defesa, dentre os quais enquadram-se tanto o direito de contradizer cada um dos elementos trazidos aos autos, quanto o direito de se calar frente às acusações que lhe fazem.

Significam defesa efetiva, porém, desde que se tome (a) como dever exclusivo da acusação a prova da culpa do agente e (b) como dever do órgão jurisdicional julgá-lo inocente, quando ausente a prova. Dentre as normas de um processo devido e dignificante não se podem admitir aquelas que disponibilizam mecanismos que exigem do cidadão a colaboração na descoberta da verdade, quanto mais em termos de auto-incriminação¹⁹⁹. Ao contrário: tais normas devem proporcionar a possibilidade de manifestação do cidadão a cada etapa do procedimento, permitindo tanto que se cale quanto que contradiga o que lhe imputam, e oportunizar-lhe meios tão aptos quanto os da acusação, em nome de sua efetiva defesa²⁰⁰.

Cabe ao processo garantir ao réu um julgamento justo²⁰¹. Diz-se que um processo tem que ser *devido* no sentido de que “as cláusulas que o caracterizam devem ser obrigatoriamente observadas, não pelo réu, mas pelo Estado, na pessoa de quem o representa no processo, para que o julgamento do réu seja um fair trial”.²⁰²

Basicamente, a noção mais elementar de fair trial, de processo (ou, mais adequadamente, de julgamento) justo, aplicado à atuação do juiz criminal, implica na idéia de que uma condenação somente pode sobrevir após ter sido dada ao acusado

¹⁹⁸ TUCCI, *Idem*. p. 64 *et seq.*

¹⁹⁹ As normas jurídicas que tratam do processo são valoradas. Não basta que sua confecção esteja de acordo o rito legislativo. Há que serem *justas* para qualificarem-se de normas *substancialmente* engajadas ao devido processo legal. (TUCCI, *Idem*. p. 65 e ANDRADE, *Idem*. p. 120).

²⁰⁰ Assegurar a paridade de armas é, com TUCCI, a segunda das três funções básicas do devido processo legal; a primeira consiste em aplicar as normas apenas através do processo e a terceira, em adequá-las substancialmente. (*Idem*. p. 64 *et seq.*)

²⁰¹ O due process “...é, ao fim e ao cabo, um conjunto de garantias cuja observância é necessária para que o julgamento do acusado seja justo, para que o réu tenha um fair trial” (SUANNES, *Idem*. p. 105).

²⁰² *Ibidem*. p. 147.

a **oportunidade de ser ouvido e de apresentar sua versão dos fatos**. Mais: que na instrução do feito sejam conservados certos **cuidados que dizem com a dignidade** do ser humano. É esse seu fundamento ético [sem grifos no original].²⁰³

Contemplam-se, na sequência, os princípios do contraditório e da ampla defesa, corolários ao devido processo legal.

2.4 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

O princípio da isonomia vem tratado pelo processo penal de forma peculiar quando obriga – através do princípio do contraditório – que seja dada ciência às partes de cada um dos atos e termos processuais para lhes oportunizar contraposição igualitária.²⁰⁴

Por princípio do contraditório entende-se, pelos ensinamentos de MIRANDA COUTINHO²⁰⁵, a “necessidade de se dar às partes a possibilidade de exporem suas razões e requerem a produção das provas que julgarem importantes para a solução do caso penal.” No mesmo sentido, FIGUEIREDO DIAS:

Cabendo ao juiz penal (...) cuidar em último termo do conseguimento das bases necessárias à sua decisão, não deve ele, todavia, levar a cabo sua atividade solitariamente, mas deve para tanto *ouvir* quer a acusação quer a defesa. É este, *prima facie*, o sentido e o conteúdo do *princípio do contraditório*, tradução moderna das velhas máximas *audiatur et altera pars* e (com especial atenção ao papel da defesa, historicamente o que mais vezes foi esquecido e alvitado) *nemo potest inauditum damnari*.²⁰⁶

Decorre do princípio do contraditório o entendimento do processo como um colóquio (diálogo) operado entre acusação, defesa e juiz. Não basta, todavia, uma defesa qualquer: exige que o arguido conte com um *direito* de defesa *efetivo* e *consistente*. Há, ainda, um terceiro requisito elementar para a configuração do contraditório: as partes devem ser efetivamente consideradas durante todo o decorrer do processo, o que não se coaduna com a usual etapa pela qual se pode iniciar o processo penal de muitas legislações, cuja

²⁰³ *Ibidem*. p. 133.

²⁰⁴ MIRANDA COUTINHO. *Introdução aos...*, p. 187.

²⁰⁵ *Idem*.

²⁰⁶ *Idem*. p. 149.

instrução preparatória caracteriza-se pelo caráter secreto, escrito e não contraditório²⁰⁷. Com Azevedo²⁰⁸: “É o contraditório entendido como a ciência bilateral dos atos processuais e a possibilidade efetiva, real, de contrariá-los.”

Perceba-se o dano imediato sobre a presunção de inocência em decorrência de um desequilíbrio na relação dialética que se deve estabelecer. Com AZEVEDO:

O contraditório une-se visceralmente ao princípio da presunção de inocência, posto a violação deste último importar na assunção, ao réu, do ônus de provar, instaurando a dialética processual em seu desfavor. Aliás, como já observou Gomes Filho, já não será tão apenas inversão do ônus da prova, mas verdadeiro deslocamento de seu objeto: ao invés do acusador ter de provar a imputação, o acusado é que deverá provar a desculpa.²⁰⁹

Em que pese hoje ser acolhido com bastante naturalidade e invocado com frequência pelos ordenamentos jurídicos, o conteúdo do princípio do contraditório é facilmente esvaziável, sendo necessário o desenvolvimento de um trabalho sério voltado à uma caracterização menos abstrata²¹⁰. Vai daí que FIGUEIREDO DIAS encampa a tendência moderna de o tratar de modo substancialmente autônomo, através da enunciação *do princípio ou do direito de audiência*, que significa, com o autor: “oportunidade conferida a todo o participante processual de influir, através da sua audição pelo tribunal, no decurso do processo.”²¹¹

Em busca do fundamento jurídico direto do princípio da audiência – esclarecido que não foi explicitamente incluído dentre os dispositivos constitucionais portugueses (nem dentre os pátrios), restando-lhe o arcabouço ordinário ou até o intraprocessual – o mestre lusitano retoma os estudos de Baur e de Goldschmidt, segundo os quais estaria a expressar um *direito à concessão de justiça*.²¹²

²⁰⁷ *Ibidem*. p. 150-1.

²⁰⁸ *Idem*. p. 288.

²⁰⁹ *Ibidem*. p. 290.

²¹⁰ FIGUEIREDO DIAS, *Idem*. p. 151.

²¹¹ *Ibidem*. p. 153.

²¹² *Ibidem*. p. 155.

Arremata, em seguida, nos seguintes termos: “o ‘direito à concessão de justiça’ é só a contraface daquele ‘monopólio estadual da função jurisdicional’ que varias vezes mencionamos já; e ele conduz, em verdade, à consideração processual das pessoas, não como objetos das decisões jurídicas, mas como participantes da própria criação destas.”²¹³

Trata-se, pois, de um direito subjetivo público (oponível ao Estado) de cada cidadão, seu titular, de ser ouvido perante um tribunal, em decorrência de ser parte em um processo judicial. (Bem aqui entendido por *titular* não restritamente o arguido, mas cada uma das pessoas em relação às quais o magistrado tenha que proferir decisões cujo conteúdo lhes afete). Frise-se que além de configurar um direito, expressa-se como norma objetiva de garantia da eficaz possibilidade de sustentar suas razões, denotando a influência que exerce sobre as decisões de seu direito durante todo o curso do processo²¹⁴.

Pelo contraditório lhe é dado tanto agir quanto, em silêncio, aguardar.

O direito ao silêncio conecta-se à regra do contraditório real e efetivo, na medida em que, para o pleno exercício daquele, não é suficiente a ciência formal da acusação, mas a perfeita compreensão do imputado dos termos e da extensão e conseqüências da incriminação. Somente tendo a consciência perfeita do que lhe está sendo imputado poderá o interrogado saber se lhe é conveniente falar ou calar, produzir ou não determinada prova ou, ainda, praticar ou não atos lesivos à sua defesa.²¹⁵

2.5 O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

Conceder aos cidadãos acusados de infrações criminais o direito de se defender é por si uma conquista histórica. O direito de defesa pode ser a vitória (a depender, claro, do tratamento que a ela se dê) do tratamento digno do acusado como pessoa humana que é, em derrocada das práticas repugnantes de abuso do poder por quem quer que estivesse incumbido de o exercer.

²¹³ *Ibidem.* p. 155-6.

²¹⁴ *Ibidem.* p.158.

²¹⁵ MOURA E MORAES, *Idem.* p. 138.

Oportunizar defesa ao arguido não significa apenas conceder-lhe oportuna e reiteradamente a palavra; compõe-lhe, igualmente, o direito de silenciar. Tendo em mente o dever incumbido à acusação de fazer prova da culpa, desfazendo a relativa presunção de inocência, trata-se de *opção*²¹⁶ a ser tomada sob a orientação de advogado. Indispensável, por óbvio, que se garanta ao arguido consulta prévia e reservada ao defensor, independentemente da fase de abordagem criminal por agentes estatais que estiver em trânsito²¹⁷.

Há uma série de direitos que compõem, em conjunto, o que se pretende com o princípio da ampla defesa. Dentre eles estão direitos como: o de ter ciência tempestivamente de tudo o que se passa no processo, o de se manifestar em relação a cada andamento, o de se abster, o de produzir prova e o de recorrer²¹⁸.

A doutrina refere-se aos aspectos positivo e negativo da ampla defesa. Enquanto naquele utilizam-se todos os instrumentos e meios lícitos de comprovação, esclarecimento e confrontação concernentes à materialidade e à autoria da infração, neste – que não significa, exalte-se, a ausência de defesa – opta-se pela não produção de elementos de prova, de modo tal que se insiste que dela cuide a acusação. É o que se passa com o exercício do direito ao silêncio – visto como vetor de uma defesa descompromissada com verbalizações que afirmem, neguem ou contradigam –, especialmente quando perante a inexistência de um esboço de prova.²¹⁹

²¹⁶ A valoração dessa opção que ao arguido é garantida é problemática das mais graves. Em que pese as decisões judiciais não poderem ser fundamentadas nessa opção, os magistrados não se policiam para excluí-la da formação de seu convencimento. Pode-se entender que o termo opção denota perigo nesse contexto. Há que ser cuidadosamente compreendido e empregado para evitar conotações prejudiciais ao arguido, às quais os magistrados se rendem ou se veem rendidos.

²¹⁷ FIGUEIREDO DIAS, *Idem*. p. 250.

²¹⁸ Segundo AZEVEDO: “A ampla defesa no processo penal, compreendidos os recursos a ela inerentes, significa a plena e completa possibilidade de o réu produzir provas contrastantes à da acusação, com ciência prévia e integral do conteúdo da acusação, comparecendo participativamente nos atos processuais, representado por defensor técnico, sempre assegurada a paridade de armas”. (*Idem*. p. 290).

²¹⁹ *Ibidem*. p. 290-1.

Dotar-se o arguido da prerrogativa de calar indica, *a priori*, considerá-lo sujeito do processo. É que, nos tempos em que os acusados eram assumidamente torturados, ou não lhes admitiam recusa à resposta das indagações oficiais²²⁰, ou ainda quando eram submetiam às ordálias, aos duelos ou aos juramentos – sempre com o objetivo de se obter a confissão²²¹, pela qual se poderia obter a redenção, o perdão, a salvação²²² – estavam sendo tratados como reles objetos da investigação, destituídos, pois, de vontades, valores, respeitabilidade. O ideal revolucionário típico do século XIX operou reformas processuais para que se considerasse o arguido como sujeito, que tem ao seu dispor a garantia de um efetivo direito de defesa²²³.

Para além da pretensão de traçar limites ao poder estatal através do direito de defesa, tratou-se de “corresponder à idéia, finalmente adquirida por uma consciência jurídica mais desperta, de que não há verdade material onde não tenha sido dada ao argüido a mais ampla e efetiva possibilidade de se defender da suspeita que sobre ele pesa, onde, numa palavra, não tenha sido conferida ao argüido a proteção do direito”²²⁴.

²²⁰ Lembre-se, conquanto, de que hoje há exames, perícias e colaborações que podem denotar um caráter obrigatório, ainda que de forma relativamente velada.

²²¹ FIGUEIREDO DIAS, *Idem*. p. 429.

²²² EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. Trad. Maria José Lopes da Silva. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro-Brasília: Rosa dos Tempos-Edunb, 1993. p. 193.

²²³ FIGUEIREDO DIAS, *Ibidem*.

²²⁴ FIGUEIREDO DIAS, *Idem*. p. 429.

3 APORTES PARA UMA FUNDAMENTAÇÃO FILOSÓFICA E PSICANALÍTICA

Este trabalho tem por objetivo refletir sobre o silêncio do arguido em direito processual penal e, em especial, situá-lo como um *não-ser* (no sentido de um *não-alcancável-pela-linguagem*). Para tanto, neste capítulo se recorre ao marco teórico do paradigma da linguagem, aqui adotado desde o viés heideggeriano, e ao paradigma da vida, a partir da concepção de Enrique DUSSEL. Nada obstante, nesse curso se percebe a necessidade de recorrer, ainda, à psicanálise freud-lacaniana.

Para tanto, opta-se por abordar a questão, inicialmente, a partir do resgate de aspectos elementares da *ontologia fundamental* desenvolvida pelo filósofo alemão Martin HEIDEGGER (1889-1976), pois se trata da marca de um novo paradigma filosófico que repercute, indubitavelmente, no direito²²⁵.

Para ter a dimensão do que representa o pensamento heideggeriano para a filosofia e para outros campos do saber é imprescindível ter alguma noção fundamentada do contexto filosófico no qual se desenvolveu, como se verá adiante.

É preciso, ainda, perceber uma exagerada assepsia na guinada filosófica de HEIDEGGER: nela se constata indiferença em relação ao que se pode chamar de “economia libidinal” (de uma viés psicanalítico, desde a matriz freud-lacaniana); indiferença que, identificada, permite, entretanto, desejar e, desejando, avançar em direção a novas investigações, as quais, por sua vez, evidenciam que há mais complexidade nos significantes (leia-se, no silêncio do arguido em processo penal) do que se torna evidente com HEIDEGGER. É este o caminho que se pretende percorrer.

Embora HEIDEGGER não trabalhe o inconsciente, a pulsão ou o desejo da forma como a teoria psicanalítica de matriz freud-lacaniana os estrutura, constata-se que DUSSEL opera a subsunção da teoria crítica

²²⁵ *Ser e tempo*, escrito por HEIDEGGER, foi revolucionário, segundo Stein, tanto na filosofia como um todo quanto na hermenêutica, nas ciências humanas em geral. (STEIN, Ernildo. *Seis estudos sobre Ser e tempo*. Petrópolis: Vozes, 2005. 3.ed. p. 141).

freudiana, o que vai a seguir registrado e problematizado. Antes, para tanto, investigam-se os contornos do paradigma da vida, da forma como DUSSEL o articula.

Enunciado o caminho que se pretende percorrer, inicia-se, portanto, com reflexões referentes ao contexto filosófico que HEIDEGGER inaugura, as quais são situadas em relação ao paradigma da consciência; num e noutro caso já se mencionam alguns reflexos desses paradigmas filosóficos no direito.

Sobre as categorias fundamentais elaboradas por HEIDEGGER, vale logo registrar a dificuldade de as manejar: o próprio autor, em *Ser e Tempo*, chega a afirmar que não faltam apenas termos mas também toda uma gramática que comporte a ruptura das categorias que ele propõe²²⁶; os estudiosos e os tradutores da obra do autor, por sua vez, não utilizam entre si uma mesma terminologia, o que pode gerar bastante confusão.

Não obstante as dificuldades mencionadas, a tarefa seduz e encanta. Talvez, em especial, porque – além do fato de tratar da contribuição absolutamente inovadora que a ontologia fundamental acarretou para a filosofia e para o direito – permite vislumbrar que algo falta até à ontologia fundamental (ou melhor: há algo que falta para além da falta que a constitui), falta esta cuja percepção é uma das chaves para entender o silêncio do arguido em processo penal como *não-ser*, como *inalcançável* que remete ao caráter de incompletude próprio à linguagem.

²²⁶ A colocação da questão do *ser enquanto ser* em *Ser e tempo* significa uma tal transformação da compreensão do ser que clama por uma renovação da linguagem. Com Stein, na maior parte, a ontologia fundamental ainda fala com expressões emprestadas da metafísica e tenta expor o que deseja criando novas palavras. Só após *Ser e tempo* foi que HEIDEGGER teve clareza da necessidade de retornar a uma fundamental simplicidade da linguagem. Depois lamentou seu empobrecimento (como “instrumento da informação”). HEIDEGGER diz que o que importa é que alguns hoje trabalhem em guardar vivo um pensamento atento ao ser, partindo da idéia de fundar para um distante futuro uma possibilidade para a tradição, já que não se deve considerar liquidada uma herança de dois mil anos em dez ou vinte. (STEIN, *Idem*. p. 124).

3.1 O PARADIGMA DA FILOSOFIA DA LINGUAGEM

O novo paradigma, ao qual pertence a ontologia fundamental de Martin HEIDEGGER, é o da filosofia da linguagem.

Datado da segunda metade do século XX, o paradigma da linguagem sobre o qual se fala é aqui tratado especificamente desde o viés heideggeriano da *razão hermenêutica* – em detrimento dos vieses de APEL e HABERMAS (*razão comunicativa*) e de LUHMANN (*razão sistêmica*) –, no qual se percebe que a linguagem (e, também, a *historicidade* do homem enquanto *ser-no-mundo*) torna(m)-se condição(ções) de possibilidade(s) da compreensão. Ou seja: o ser cuja compreensão é possível é apenas a linguagem.

Significa, basicamente, ao contrário do que ocorria no paradigma do sujeito, que a linguagem não mais é tida como um terceiro elemento que se coloca entre dois primeiros, quais sejam: (i) o sujeito (que poderia chegar à verdade sobre o objeto se respeitasse determinadas regras metodológicas) e (ii) o objeto (cuja verdade poderia ser conhecida pelo sujeito metodologicamente regrado). A linguagem já não é um simples *meio* pelo qual o conhecimento transita, mas a *condição de possibilidade* do conhecimento.

3.1.1 O Paradigma da Linguagem em relação ao Paradigma da Filosofia do Sujeito

A “hermenêutica de HEIDEGGER”, ou seja, a hermenêutica tomada como ontologia fundamental, marca uma ruptura no que se entende como condição de possibilidade de qualquer conhecimento. Na filosofia, o paradigma do sujeito (do qual o paradigma da linguagem se distingue, embora o subsuma) entende como condição de possibilidade do conhecimento a racionalidade cartesiana, ou seja, a racionalidade do sujeito auto-suficiente, que por si só, por sua racionalidade, isolado ou independente de outros sujeitos, diferenciado dos outros seres por uma racionalidade auto-referente, seria capaz de produzir conhecimentos verdadeiros através do rigor metodológico, pressupondo-se que o sujeito desta racionalidade é a condição

de possibilidade da verdade, do saber apurado e não vulgar. *Penso, logo, existo*: assim se ilustra o adágio que marca a perspectiva de partida desse paradigma filosófico, ou seja, o sujeito de uma racionalidade que, *a priori*, se põe a conhecer verdadeiramente os objetos através da linguagem (a linguagem é apenas meio). No direito, este modelo está presente (ainda hoje) no jurista que faz “velha hermenêutica”, ou seja, que entende hermenêutica como pura técnica, na qual a linguagem é a terceira coisa que se interpõe entre o sujeito cognocente e a objeto que se pretende conhecer. Este jurista acredita na existência de “essências” jurídicas, as quais são desveladas quando as categorias são estudadas e generalizadas, de modo tal que verbetes jurisprudenciais, súmulas e citações ele muito repete e nada contextualiza. O objetivo dessa “repetição generalizante” seria o de simplificar, facilitar, garantir a verdade da atividade, mas, a rigor, reduz a atividade do intérprete à tarefa de subsumir fato à norma, a ponto de se suprimir os fatores “história” e “tempo”, resgatados pelo pensamento de HEIDEGGER²²⁷.

Por sua vez, o resultado de um repetir generalizado é a formação e a difusão de um sentido comum teórico dos juristas, ou seja, de pré-juízos que colocam os *limites de sentido* e os *sentidos de limite* na atividade jurídica em que o jurista pode e deve dizer o direito com autenticidade. Quando o jurista se limita a repetição técnica ao subsumir fatos às normas ele acaba encoberto por um “não-pensar” (ele apenas repete, não “pensa”), que o submerge em uma “inautenticidade do mundo”, em um mundo que não é autêntico, ou seja, em um mundo jurídico no qual o *direito* é trivializado e estandarizado e o *jurista* é alienado de sua condição histórica.²²⁸

O jurista alienado de sua condição histórica nada mais é do que um hermeneuta sem percepção do que tem a seu dispor, impedido de dialogar com o que não lhe é posto, incapaz de realizar uma “fusão hermenêutica de horizontes”. Ou seja, é um intérprete que não se dá conta de que o limite do

²²⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 8. ed. p. 181/240.

²²⁸ STRECK. *Ibidem*.

seu sentido vai determinado pelo *modo* da sua existência (pense-se no modo de ser político, social, histórico, etc.).²²⁹

A hermenêutica heideggeriana coloca em cheque a dualidade sujeito-objeto do paradigma da consciência. Isso acontece, na filosofia, ao afirmar que a linguagem não é a terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto para veicular o conhecimento, mas a condição de possibilidade do sujeito cognocente (do *ser-no-mundo*): não há ser sem linguagem, não há sujeito sem linguagem e não há conhecimento sem linguagem, ou seja, sem o *estar-no-mundo* que é *estar-na-linguagem*.²³⁰

O impacto desse novo paradigma filosófico (da linguagem) no direito provoca rupturas, pelas quais se percebe que a dogmática jurídica pode muito facilmente não passar de repetição do sentido comum que se difunde, do senso comum teórico dos juristas. Nesse contexto, a dogmática jurídica é metafísica, na medida em que provoca o esquecimento do *ser* (Direito). Ou, noutras palavras, na medida em que provoca a aceitação da ideia de que os textos possuem sentidos latentes pré-constituídos, escondendo-se que os textos sempre clamam, ininterruptamente, por sentido, por um receber sentido que os faz *ser*.²³¹

A ruptura trazida pelo novo paradigma da linguagem atinge toda a tradição do campo de saber jurídico, a ponto de não se tratar mais, nessa nova hermenêutica, nessa “Nova Crítica ao Direito” (como a chama STRECK) da relação “sujeito-objeto” e sim da relação “sujeito-sujeito”. A relação entre o que se entende por vigência e validade é também alterada: antes equiparadas, agora vigência e validade seguem distintas, na medida em que esta comportaria o *ser* e aquela comportaria o *ente*.²³²

A relação entre texto e norma também não poderia deixar de ser alterada: a norma passa a ser compreendida sempre como o resultado do texto, ou seja, não há texto sem norma, o texto não existe independentemente

²²⁹ STRECK. *Ibidem*.

²³⁰ STRECK. *Ibidem*.

²³¹ STRECK. *Ibidem*.

²³² STRECK. *Idem*. p. 194/240. p. 246/290.

da norma, o texto não subsiste à norma. Significa que, quando o intérprete se depara com o texto jurídico este já ex-surge normado, ou seja, marcado pela sua condição de ser-no-mundo. Esta “normação” do texto (pelo intérprete, que tem lugar no mundo) é o que confere existência ao texto: o texto (como ente) só existe no intérprete (como ser), no ser do intérprete, que é um ser-no-mundo, que está-aí, na linguagem. Trata-se de um ser que é *Daisen*.²³³

Assim, as possibilidades de compreensão oportunizadas pela linguagem são vivas, ou seja, são constantemente passíveis de guinadas de sentido. Isso acontece justo porque se trata de um “saber hermenêutico” e, pois, não pode ir separado do *ser*; não é um saber puro, inteiro, metafísico e, portanto, nunca permite uma compreensão completa, transcendental, imortal. No paradigma da linguagem, a transcendência restringe-se à historicidade, ou seja, à afirmação da finitude e da temporalidade de todo ser. É a linguagem quem oportuniza uma transcendência hermenêutica e permite a extração de vários sentidos de um mesmo texto (ou de um determinado significante ou de um conjunto de significantes). Assim, se o transcendente consiste na experiência histórica do ser e se essa experiência histórica se desenvolve linguisticamente, vai-se da impossibilidade da metafísica moderna à *ontologia hermenêutica da experiência histórica e da interpretação dessa hermenêutica*²³⁴.

Ora, se a experiência histórica é o que pode haver de transcendente, o jurista não pode ser absolutamente neutro como imaginado (afinal, o jurista também é “ser-no-mundo”²³⁵, desde sempre jogado na linguagem, cooptado por ela e não senhor dela; a rigor e para além de HEIDEGGER, o jurista, como ser falante, é atravessado pela linguagem). Nesse passo, os significantes não podem conter em si uma única interpretação possível, pois vai interpretada por um ser-no-mundo com uma experiência histórica exclusiva, que influi

²³³ STRECK. *Idem*. p. 194/240.

²³⁴ LUDWIG, Celso Luiz. Gadamer: a racionalidade hermenêutica – contraponto à modernidade. In: *Crítica da modernidade: diálogos com o direito*. Ricardo Marcelo Fonseca, organizador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 150.

²³⁵ Esse e outros termos cunhados por HEIDEGGER e o contexto no qual se inserem são trabalhados no próximo tópico; opta-se por não deixar de já os colocar, mesmo antes de se ater com mais apuro sobre eles pois, assim, vai-se já tecendo sua compreensão.

sobremaneira a cada leitura, apreciação, movimento. Nada obstante, um exame mais apurado da ontologia fundamental se faz necessário.

3.1.2 A Ontologia Fundamental de Maritn Heidegger

A partir deste ponto seguir-se-á alguns dos ensinamentos do Professor Doutor Ernildo STEIN em seus “Seis estudos sobre ‘ser e tempo’”. STEIN, em uma nota à terceira edição, afirma que *Ser e tempo* inaugura um paradigma que se apóia nas ideias de *mundo*, *ser-no-mundo* e *Dasein*. É com STEIN que se voltará com mais cuidado a essas e outras categorias heideggerianas, conforme acima indicado.

STEIN introduz seus estudos destacando os parágrafos 43 e 44 de *Ser e tempo*, nos quais HEIDEGGER critica com apuro os conceitos fundamentais da metafísica, quais sejam: o conceito de realidade (que remete à ontologia em filosofia) e o conceito de verdade (que remete à teoria do conhecimento em filosofia). Com isso HEIDEGGER delimita a tarefa (o campo de estudo) da filosofia: HEIDEGGER libera a filosofia tanto do estudo de Deus quanto do estudo do Mundo (mundo natural). O que sobra é aquilo que HEIDEGGER denomina de *mundo hermenêutico*, no qual será realizada a *hermenêutica da facticidade*²³⁶. Essa delimitação do campo de estudo da filosofia que HEIDEGGER faz é o que STEIN chama de “encurtamento hermenêutico”, demonstrando a peculiaridade da hermenêutica heideggeriana. Através do encurtamento hermenêutico HEIDEGGER deixa claro sua intenção: de acordo com STEIN²³⁷, o que HEIDEGGER se propõe a fazer é “ontologia fundamental”, ou seja, há em HEIDEGGER a pretensão metodológica de fazer algo dotado de validade transcendental, o que será realizado, no pensamento do autor, tanto fenomenologicamente quanto existencial-antropologicamente (pretensão de realização que é sentida como contraditória pela tradição

²³⁶ Sobre “hermenêutica da facticidade, ver, *infra*, o penúltimo parágrafo deste tópico.

²³⁷ STEIN, Ernildo. *Seis estudos sobre Ser e tempo*. Petrópolis: Vozes, 2005. 3.ed. p. 12.

filosófica). A proposta é sentida como uma ruptura porque tenta conciliar “elementos inconciliáveis” (até hoje objeto de crítica em HEIDEGGER), os quais estão presentes em quatro questões assim identificadas por STEIN²³⁸: (i) questão ontológica: a ontologia fundamental de HEIDEGGER critica a ontologia tradicional, ou seja, tem por objetivo a destruição da ontologia da coisa (de extração greco-cristã-moderna); (ii) questão transcendental: a ontologia fundamental tem pretensão de validade transcendental (HEIDEGGER nesse sentido é herdeiro de KANT) mas critica o esquematismo transcendental da “Crítica da razão pura” de KANT (é nesse sentido quer ser mais radical do que KANT); (iii) questão fenomenológica: HEIDEGGER assume o método fenomenológico em *Ser e tempo*, obra dedicada a HURSSSEL, embora com este, que foi professor de HEIDEGGER, a fenomenologia heideggeriana rompa; (iv) questão antropológica ou existencial: HEIDEGGER se posiciona contrariamente a toda a tradição antropológica da época ao distinguir a questão existencial da biologia, da etnologia e da psicologia ao desenvolver a sua *analítica existencial*.

As construções de HEIDEGGER operam uma mudança paradigmática, portanto, por conta da tentativa de fundir *historicidade* com *transcendentalidade*, ideias que, de fato, podem parecer contraditórias. Entretanto, HEIDEGGER entende que a questão do ser, a ontologia, está relacionada à *faticidade* e não ao problema da origem última das coisas: como referido, a filosofia não deve se ocupar de deus nem do mundo natural, o que significa delimitar o campo da filosofia, dela suprimindo-se a questão da fundamentação última: este seria o primeiro fator característico da mudança paradigmática operada pela ontologia fundamental, esta finitude.

O segundo seria, com STEIN²³⁹, a introdução da ideia da boa circularidade: o *Daisen* tem uma compreensão de si, dos utensílios com que lida e do mundo antes mesmo de teorizar ou de expor esse mundo no discurso. Essa relação anterior à teoria e à práxis é uma relação *fática*, ou

²³⁸ STEIN. *Idem*. p. 12/3.

²³⁹ STEIN. *Idem*. p. 16/7.

seja, trata-se de uma estrutura para trás da qual não há como avançar faticamente, é o ponto onde se perfaz uma espécie de círculo (a boa circularidade), é aquilo que HEIDEGGER chama de *como hermenêutico*.

Essa mudança paradigmática muito se atém, portanto, na teoria do conhecimento. Em *Ser e tempo*, o ponto de partida para a questão do sentido do ser, da analítica existencial e da promessa da revisão (ou destruição) de instâncias fundamentais da ontologia (da tradição filosófica ocidental, ou seja, como cunhadas em especial por ARISTÓTELES, DESCARTES, KANT) revelam que o trabalho vai no sentido de explorar a questão fundamental do conhecimento humano *finito*.²⁴⁰ Para tanto, o enfoque hermenêutico da analítica existencial submetia a relação sujeito-objeto (modelo da teoria nas filosofias da consciência) a uma revisão, de modo a criticar os processos da intuição, abstração, introspecção, reflexão, etc.²⁴¹. Além disso (e mais radical) era o “encurtamento” do domínio ontológico, pelo qual elimina (i) a questão teológica e o problema das verdades eternas (ou do “eu transcendental” ou de qualquer hipótese privilegiada que não o conhecimento finito), o que não significa a negação do *a priori* (segundo STEIN²⁴², o fato de HEIDEGGER tomar como ponto de partida um *sujeito idealizado* – noutras palavras: em uma idealidade fenomenalmente fundada no estar-aí como um sujeito absoluto idealizado – pertence aos restos da teologia cristã ainda não expulsos radicalmente do âmbito da problemática filosófica); (ii) o mundo natural: este também é eliminado pela concepção segundo a qual o nosso mundo é apenas uma *versão do mundo*, de modo que, por exemplo, as leis de Newton (também o princípio da não contradição e todas as “verdades” em geral) só são verdadeiras quando um *estar-aí* as formula e, portanto, antes de serem formuladas (ou descobertas, ou demonstradas) não eram verdadeiras (nem falsas, no caso de sua formulação ôntica não ser mais possível)²⁴³. Vale ressaltar que o mundo do qual se trata passa a ser um *existencial*, um

²⁴⁰ STEIN. *Idem*. p. 22.

²⁴¹ STEIN. *Ibidem*.

²⁴² STEIN. *Idem*. p. 23.

²⁴³ STEIN. *Ibidem*.

elemento fundamental na estrutura do *estar-aí*, ou seja, é mundo o que pode ser pensado, o que pode ser entendido, o que deve estar no horizonte do sentido, de modo que se articula no horizonte da compreensão. Noutras palavras, o mundo passa a ser mundo da linguagem e mundo do sentido: a linguagem está no centro da reflexão.

O *estar-aí* merece esclarecimentos elementares. Trata-se da figura através da qual se articulam as “carências” advindas da eliminação de deus e do mundo natural do âmbito do que passou a ser entendido como o do domínio de um conhecimento possível, no qual se concentra e a partir de onde se articulam todo o conhecimento possível²⁴⁴.

O ente não é designado pela expressão “homem”, mas pela expressão neutra “o estar-aí” (*das Daisen*), neutralidade que significa que a interpretação deste ente deve ser realizada antes de qualquer concreção fática, ou seja: o estar-aí neutro não existe em si mas apenas em sua concreção fática.²⁴⁵

Há de fato uma ruptura em relação ao paradigma da consciência, em especial à filosofia cartesiana, na qual a justificação do conhecimento se dá pelo fundamento do *cogito ergo sum*. A teoria da subjetividade, inaugurada por DESCARTES, precisa de outra que a fundamente, que a justifique, ou seja, precisa de uma “teoria do conhecimento”.²⁴⁶ HEIDEGGER critica a separação de DESCARTES entre *mens* e *res* (*res corporea*) e afirma que o *mundo* é o correlato do *sum*. Por isso HEIDEGGER fala em *ser-no-mundo*: porque antes da evidencia de qualquer teoria e ponto de partida da “teoria do conhecimento” e antes de qualquer subjetividade fundante há uma evidência operando na situação de ser-no-mundo, evidência encoberta pelo óbvio do cotidiano, pela separação consciência-mundo, pelo modelo da relação sujeito-objeto. Por isso, com a crítica radical do modelo das teorias da consciência, a analítica existencial recoloca a questão da teoria do conhecimento.²⁴⁷ HEIDEGGER

²⁴⁴ STEIN. *Idem*. p. 24.

²⁴⁵ STEIN. *Ibidem*.

²⁴⁶ STEIN. *Idem*. p. 25.

²⁴⁷ STEIN. *Idem*. p. 25/6.

critica também a crença de poder determinar a essência de todo ente sem considerar sua existência (HURSEL).²⁴⁸

É preciso ressaltar que o estar-aí não ocupa o lugar de uma nova instância privilegiada fundadora. O conhecimento (isto é, a compreensão) constitui o mundo sempre-já e na prática. HEIDEGGER inaugura e exerce uma racionalidade prática: a teoria é já uma prática do ser-no-mundo, ou seja, não há uma metateoria que justifique uma teoria.²⁴⁹

Esse ir da representação às coisas mesmas (que se dão como mundo no horizonte de sentido constituído pela compreensão) ou ir dos fenômenos às proposições sobre os fenômenos para nós pode parecer “velho” ou “normal”, mas representou uma revolução no tratamento do conhecimento – uma revolução metodológica, a partir da qual se tem que o ser que se pode compreender é linguagem.²⁵⁰ Ou seja, o conhecimento não é um comportamento que começa em um ente que ainda não ‘tem’ mundo ou em um ente que estivesse livre de qualquer relação com o seu mundo. O conhecimento se realiza já e sempre na base do modo de ser do estar-aí, modo de ser que denominamos “ser-em”, isto é, o já-sempre-estar-junto-de-um-mundo, ou seja, o conhecimento é sempre um modo de ser do estar-aí na base de seu já-estar-junto-do-mundo.²⁵¹

HEIDEGGER afirma que o ser do estar-aí é o *cuidado* (também traduzido por *cura*). STEIN frisa que é a partir dessa afirmação que HEIDEGGER substituirá a definição da tradição metafísica de homem, o que gera o estabelecimento de uma nova relação entre a definição nova de homem em relação ao mundo, aos entes disponíveis, em relação aos entes simplesmente à mão e em relação à verdade.²⁵²

O cuidado define o homem como ser-no-mundo em sua estrutura prática. Ou seja: o estar-aí já muito cedo, logo quando se expressou sobre si, já se interpretou como cuidado (*cura*), ainda que apenas pré-ontologicamente.

²⁴⁸ STEIN. *Idem*. p. 26.

²⁴⁹ STEIN. *Idem*. p. 27.

²⁵⁰ STEIN. *Idem*. 27/8.

²⁵¹ STEIN. *Idem*. p. 28/9.

²⁵² STEIN. *Idem*. p. 94/5.

O ser do estar-aí significa já-ser-adiante-de-si-mesmo-(no-mundo), enquanto estar-junto (dos entes que se encontram no mundo). Esta é a estrutura da totalidade existencial formal da total estrutura ontológica do estar-aí.²⁵³

Com a definição de homem como cuidado, HEIDEGGER encontra uma estrutura prática que chamará de *estar-no-mundo*. Assim ele substitui a definição tradicional e racionalista de homem, na qual este é tido como uma espécie de máquina mental cognitiva perante o mundo e a verdade. Com isso critica também os pressupostos da definição tradicional de homem.²⁵⁴

Quando HEIDEGGER delimita o campo de estudo da filosofia e dele elimina o modelo teológico e o mundo natural, ele garante, por essas supressões, que não mais se defina o homem como, respectivamente, “racional” nem como “animal”. Não há mais lugar para a definição de homem como animal racional significa que não há mais lugar para a definição metafísica na qual se enquadra um homem que se entende exterior a ele mesmo, capaz de se observar e, portanto, auto-referente e auto-reflexivo.²⁵⁵

HEIDEGGER, no lugar da definição metafísica de homem, desenvolve em *Ser e tempo* uma teoria do homem, mas se trata de uma teoria do homem sem qualquer sentido prescritivo: não há um modelo de homem nem qualquer dever-ser embutido na teoria. Nesta, o mais radical é a vontade de compreender, da qual emana a condição de possibilidade de qualquer teoria e práxis. Nada na obra aponta para uma transformação do homem (do mundo) nem sugere relações pedagógico-terapêuticas com o homem. Não se trata de um texto retórico que visasse produzir convicção, que tentasse justificar, por argumentos, a transformação do homem. *Ser e tempo* não tem enunciados prescritivos, apenas enunciados descritivos (ressalvada a exceção dos enunciados metateóricos que visam a questão do método e as introduções).²⁵⁶

²⁵³ STEIN. *Idem*. p. 94/5.

²⁵⁴ STEIN. *Idem*. p. 95.

²⁵⁵ STEIN. *Idem*. p. 96.

²⁵⁶ STEIN. *Idem*. p. 119.

Não há em *Ser e tempo* dois discursos (teoria e práxis) conflitantes: o discurso é hermenêutico inclusive quando procura o modo de ser prático do homem. Por isso não se produz em *Ser e tempo* esta espécie de tensão dialética entre o compreender e o transformar. Não havendo conflito entre teoria e práxis, o que se busca é o que as antecede, a *condição de possibilidade*, a unidade entre teoria e práxis: trata-se do cuidado, que já se situa, como originária totalidade estrutural, existencial-ontologicamente “antes”, isto é, já sempre *em* cada “comportamento” fático e “situação” do estar-aí. É desse modo que teoria e práxis são possibilidades de ser de um ente cujo ser deve ser determinado como cuidado.²⁵⁷ Equivale dizer: toda interpretação é já sempre uma transformação do mundo (supondo-se, sim, que tal interpretação seja obra de um pensamento autêntico), sendo que cada interpretação do mundo pressupõe, do seu lado, uma antecipação teórica como instrumento.²⁵⁸

No paradigma da consciência, a ponte entre teoria e práxis, entre enunciados descritivos e prescritivos é impossível; a unidade homem-mundo só é “produzida” através de uma falácia naturalística.²⁵⁹ Depois da destruição do modelo metafísico da práxis resta um modelo de práxis que se sustenta em uma separação entre o *lidar* com o ente disponível (utensílio) e o *representar* o ente puramente subsistente (natureza). Trata-se de um “pensar tautológico” no qual reside o sentido originário da fenomenologia que permanece ainda aquém de todas as distinções possíveis entre teoria e práxis por conta da distinção necessária entre *caminho* e *método*: na filosofia há só caminhos; nas ciências, só métodos, isto é, procedimentos.²⁶⁰

O problema da razão passa a ser a principal questão em *Ser e tempo*. Há um fato jamais recuperável pela razão, que é o fato de o homem não ser o que há de mais importante no mundo mas sim se importar apenas na medida em que se descobre como ter-que-ser, como não-transparência do estar-no-mundo, como estar-aí em sua solidão, sua irremediável condição de ser-no-

²⁵⁷ STEIN. *Idem.* p. 120.

²⁵⁸ STEIN. *Idem.* p. 125/6.

²⁵⁹ STEIN. *Idem.* p. 128.

²⁶⁰ STEIN. *Idem.* p. 133.

mundo como finitude. Percebe-se que o encurtamento hermenêutico não foi praticado tendo em vista a primazia da razão, ou seja, não gerou a autonomia da razão mas, ao contrário, revelou a mudança de paradigma, marcado pelo desaparecimento da noção de consciência. Esta, a consciência, é substituída pelo estar-aí, que introduz a *revelação* na analítica existencial. Por revelação se entende, em HEIDEGGER, a abertura primeira da qual o homem, no cotidiano, tende a fugir devido a sua tendência para o encobrimento.²⁶¹

HEIDEGGER produziu o encurtamento hermenêutico ao afirmar que o *homem é ser-no-mundo*,²⁶² de modo tal que já se está sempre fora de si, “ek-staticamente”. Noutras palavras, a maneira de o estar-aí ser é *estar-fora* e este “fora” significa desde sempre lidar com os utensílios, significa desde sempre já se compreender assim, operando com os entes disponíveis. Noutras palavras, significa compreender que o modo de ser do estar-aí é o seu modo de ser-no-mundo.²⁶³ O estar-aí é cuidado na tríplice dimensão “ek-stática” da temporalidade (futuro, passado, presente). O estar-junto-das-coisas (presente) é também já-ser-em (passado) e ser-adiante-de-si-mesmo (futuro). É desta maneira que o homem é para HEIDEGGER constituído pelo estar-aí, cujo ser é o cuidado e que tem como seu sentido (horizonte) a temporalidade²⁶⁴.

Ora, se pelo encurtamento hermenêutico já estamos sempre fora de nós, tem-se que HEIDEGGER não pensa a intencionalidade como HURSSSEL: neste a intencionalidade tinha um caráter “imanente” vinculado à consciência, enquanto que, naquele, o ser-no-mundo enquanto revelação já é também intenção, ou seja, já está-junto-dos-entes, está já na dimensão prática que sempre caracteriza o estar-aí, o que dismantela a intencionalidade como HURSSSEL a entende através do que HEIDEGGER entende por *cuidado*²⁶⁵. HEIDEGGER já não separa o sensível do inteligível: HEIDEGGER entende que o ser não é objeto (no sentido de algo presente como as cores ou um quadro) mas é visto como utensílio, o qual se vê, segundo HEIDEGGER, de

²⁶¹ STEIN. *Idem*. p. 134/5.

²⁶² STEIN. *Idem*. p. 139.

²⁶³ STEIN. *Idem*. p. 135/9.

²⁶⁴ STEIN. *Idem*. p. 136.

²⁶⁵ STEIN. *Idem*. p. 135/6.

duas maneiras diferentes (há uma mirada sensível do quadro e a mirada categorial, ou seja, a do estar-aí como sentido do cuidado e a do ser como sentido do ser, de modo que o ser é libertado do puro conceito, da pura abstração que se conseguiria pela dedução operada pela consciência)²⁶⁶. Portanto, não existe em HEIDEGGER a consciência que se assume como autoconsciência e se sabe como absoluta, não há uma razão todo-poderosa e transparente; esta, segundo STEIN, é a única certeza produzida pelo encurtamento hermenêutico²⁶⁷.

Para concluir: como vimos, a tradição filosófica do paradigma da filosofia da consciência entende o conhecimento, o saber, a verdade como o resultado da adequação entre a aparência do objeto que se propõe a estudar e a essência desse objeto, o que seria intermediado e demonstrado através da linguagem e adquirido através do método entendido como científico. Assim, a verdade do silêncio do arguido dependeria da sua correta apreensão pelo jurista que, capacitado pela técnica científica, a emitiria de uma posição absolutamente neutra.

Seria possível, portanto, apreender corretamente o silêncio do arguido (ou, se ele falasse, os fatos que ele se pusesse a narrar), de modo tal que se chegaria ao silêncio ou aos fatos como de fato são, como verdadeiramente seriam, em sua essência. Haveria, portanto, uma única verdade escondida a cada silêncio do arguido, sendo que a verdade do silêncio do arguido estaria contida nela própria ou, mais especificamente, estaria contida na forma única de a compreender verdadeiramente, ou seja, através da sua única interpretação correta, adequada, verdadeira por parte do sujeito que domina esta técnica de compreensão.

Entretanto, a rigor, compreender o silêncio é interpretá-lo, sendo que a interpretação, por excelência, não é unívoca nem hipostasiada: cada leitura implica uma nova compreensão. Entender (aprender, acreditar e ensinar) que

²⁶⁶ STEIN. *Idem.* p. 136/7.

²⁶⁷ STEIN. *Idem.* p. 137.

o silêncio (ou a lei, por exemplo) comporta uma única interpretação verdadeira (pela qual aquele que o exerce estaria confessando a culpa ou escondendo a verdade dos fatos aos quais ele teria tido acesso e do que poderia dar prova em colaboração com a justiça) é pensar de acordo com o paradigma objetivista-aristotélico-tomista, ou seja, pelo paradigma da filosofia da consciência (também chamado de filosofia do sujeito)²⁶⁸.

3.1.3 Heidegger e sua não referência a Freud

Assim é que HEIDEGGER, com o estar-aí e todo seu aparato, livra, de fato, o “homem” da onipotência da razão do século XIX. Não obstante, o estar-aí ainda se parece demais com o modelo de “homem” do século XIX. Isso porque o estar-aí não é atravessado pelas marcas da consciência dos limites trazidos por Freud e sua teoria das pulsões²⁶⁹.

Há grandes ausentes na analítica existencial, dentre os quais estão: o desejo, a economia libidinal, o inconsciente, a economia política e determinismos histórico-sociais. Os existenciais do estar-aí são construídos a partir do modelo da vontade e da “consciência”, mas desde um sentido específico de um relacionar-se-consigo-mesmo no contexto da finitude: não se trata mais da consciência da metafísica, mas ainda é uma consciência sem o inconsciente.²⁷⁰

Nas palavras de STEIN:

A hermenêutica desconhece a economia libidinal. As pulsões, os desejos não aparecem como existenciais e por isso o sonho também não existe. É certamente uma das grandes “falhas” da analítica existencial: O estar-aí não sonha. Ele não incorporou a ferida do ego que a psicanálise trouxe para o narcisismo. É por isso que reina uma grande assepsia no reino do ser-no-mundo. O operar com os utensílios, o interpretar os significantes, o lutar com a fuga de si mesmo, a tendência para o encobrimento, não são ligados ao sentido que se esconde, que se oculta. O latente e o manifesto só aparecem como o velamento e o desvelamento. O “como hermenêutico” possui uma duplicidade que HEIDEGGER não percebeu.

²⁶⁸ Com fundamento nesse paradigma filosófico foi que se constituíram as bases de um conhecimento jurídico marcado pela concepção liberal-individualista-normativista do direito. (STRECK. *Idem*. p. 241/297).

²⁶⁹ STEIN. *Idem*. p. 142/3.

²⁷⁰ STEIN. *Idem*. p. 142.

STEIN registra quão estranho é o silêncio de HEIDEGGER em relação à psicanálise²⁷¹, sem deixar de explicar que foram psicanalistas desejosos de superar o paradigma metafísico – objetivista, naturalístico que impregna a metapsicologia freudiana – que procuraram e se valeram da psicanálise. Sobretudo o fizeram os psicanalistas BINSWANGER e BOSS. LACAN – o consolidador epistemológico da massa freudiana – também opera com questões fundamentais extraídas da obra heideggeriana, sobretudo de *Ser e tempo*.²⁷²

STEIN encerra frisando que a pulsão está entre os elementos absolutamente necessários para pensar a existência. Naquilo que a existência (como a entende HEIDEGGER, ou seja, o mundo do estar-aí) é ainda orgulhosa (tanto quanto o homem do século XIX, pacífico, ordenado, asséptico) é que a pulsão e a economia libidinal teorizada pela psicanálise freud-lacanianas são indispensáveis²⁷³, pois lhe confeririam a possibilidade de sonhar.

DUSSEL, por sua vez, desde o paradigma da vida, não deixa de trabalhar como esses elementos, conforme a diante se verificará.

3.2 O PARADIGMA DA FILOSOFIA DA VIDA

Nesse passo, este trabalho toma como marco teórico o *paradigma da vida* de Enrique Dussel²⁷⁴. No presente capítulo, embora o enfoque seja a *Ética da Libertação* desenvolvida por Enrique DUSSEL²⁷⁵, inicia-se indagando,

²⁷¹ STEIN. *Idem*. p. 140.

²⁷² STEIN. *Idem*. p. 141.

²⁷³ STEIN. *Idem*. p. 142/3.

²⁷⁴ O paradigma da vida subsume o paradigma da linguagem que, por sua vez, subsumirá o paradigma da consciência. Sobre o tema: LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

²⁷⁵ Filósofo argentino nascido em 1934 e exilado no México desde 1975, sobre o qual há uma autobiografia elucidativa e de fácil acesso: DUSSEL, Enrique. *En búsqueda del sentido: origen y desarrollo de una filosofía de La liberación*. <http://www.enriquedussel.org/txt/biografia.pdf>, acesso em 14/08/2008.

com o autor, o contexto em que se insere a necessidade de uma *libertação da filosofia*²⁷⁶.

Significa, noutras palavras, questionar: o que significa libertar a filosofia? Ou: por que tal libertação da própria filosofia é necessária?

Depois de tratar, ainda que brevemente, essas questões, segue-se o trabalho com uma indicação da construção filosófica proposta por DUSSEL no âmbito de sua *Ética da Libertação*, detendo-se um tanto na subsunção do pensamento de Sigmund FREUD operada por DUSSEL.

O objetivo específico não será o de trabalhar o modo como DUSSEL propõe uma reformulação do pensamento freudiano para subsumi-lo à sua filosofia. O que se pretende é tratar de alguns aspectos do pensamento de matriz freudiana que possam se articular com as construções filosóficas de DUSSEL. Nesse sentido, em seguida alguns apontamentos sobre construções elementares da psicanálise freud-lacaniana são resgatados para, ao final, fundamentar-se a atribuição de sentido de não-ser, de inefável, ao silêncio do arguido como forma de afirmar sua vida concreta.

Enunciado o caminho que se pretende percorrer, inicia-se com os questionamentos referentes à libertação da filosofia.

3.2.1 O Contexto da Filosofia de Enrique Dussel

Segundo DUSSEL, a *Filosofia da Libertação* deve, em primeiro lugar, refletir sobre a implantação geopolítica da própria filosofia, na medida em que esta se encontra situada ou no “centro” ou na “periferia”. Na história, pelo menos desde os gregos, a filosofia frequentemente esteve atrelada ao poder, embora sempre tenha havido também contradiscursos filosóficos de maior ou menor criticidade. A *Ética da Libertação* de DUSSEL deseja se inscrever nessa tradição: anti-hegemônica em relação ao etnocentrismo.²⁷⁷

²⁷⁶ DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 67/88.

²⁷⁷ *Idem*. p. 67.

Mas de que etnocentrismo se está a falar? O campo de trabalho vai delimitado em pelo etnocentrismo equivalente ao *eurocentrismo*²⁷⁸ da *modernidade*. O eurocentrismo da modernidade foi o único etnocentrismo mundial que a história conheceu. No eurocentrismo moderno, universalidade e europeísmo são tornados por idênticos. É dessa identidade forjada que se deve libertar a filosofia.

Uma filosofia hegemônica pretende se apresentar como *o mundo* humano por excelência, sendo o mundo *dos outros* relegado à barbárie, à marginalidade, ao *não-ser*. Entretanto, a filosofia “européia” não é produto exclusivo da Europa, mas sim resultado de um diálogo co-constitutivo essencial entre a (i) *produção da humanidade situada na Europa* como “centro” e a (ii) contribuição das culturas periféricas.²⁷⁹

Nesse contexto, a *Filosofia da Libertação* de DUSSEL constitui-se como um contradiscurso latino-americano. Trata-se, pois, de uma filosofia *crítica* que nasce na *periferia* – a partir das vítimas, dos excluídos – e tem *pretensão de mundialidade*.

Sobre esta última característica, trata-se de uma filosofia que se pretende mundial na medida em que – embora tenha consciência expressa de sua perifericidade e exclusão – enfrenta, também conscientemente, as filosofias européias (e hoje ainda as filosofias norte-americanas), as quais confundem e até identificam sua “europeidade” regional – que sentem como unicidade e concretude verdadeira – com sua função de “filosofia-centro”, de *uma* filosofia, centralmente exercida durante cinco séculos – embora desta forma seja por elas desconhecida.

A filosofia-centro e a filosofia-periferia (esta oprimida no sistema-mundo ou dele simplesmente excluída) são as duas faces da filosofia na modernidade. Entretanto, ao se definir a modernidade exclusivamente a partir

²⁷⁸ O eurocentrismo consiste em constituir como *universalidade abstrata humana em geral* momentos da *particularidade* européia, a primeira particularidade *de fato* mundial (quer dizer, a primeira universalidade humana concreta). A cultura, a civilização, a filosofia, a subjetividade, etc. *moderno-européias* foram tomadas como a cultura, a civilização, a filosofia, a subjetividade, etc. *sem mais* (humano universal abstrata). (*Idem.* p. 69).

²⁷⁹ *Idem.* p. 71.

do horizonte europeu, pretende-se que o discurso da periferia – que é próprio, autêntico e, em relação ao centro, um “contradiscurso” – seja, ele mesmo, um contradiscurso *europeu*, um fruto exclusivo da Europa.

Assim, a própria periferia, para criticar a Europa, deveria, segundo aquele entendimento, se “europeizar”, na medida em que deveria usar um contradiscurso europeu para mostrar à Europa a sua contradição, o que implica negar autenticidade do discurso filosófico da periferia (além de negar, ainda, sua própria existência).

É preciso destacar, nesse contexto, que os contradiálogos são um patrimônio de todos os filósofos do mundo, não só dos europeus.²⁸⁰ O bárbaro, o outro colonial, o outro das culturas em posição assimétrica (culturas dominadas, consideradas inferiores, excluídas) devem ser considerados como fonte essencial, permanente e co-constitutiva na constituição da identidade do *eu moderno*.²⁸¹

A filosofia – e a ética em especial – precisa, portanto, libertar-se do eurocentrismo para *devir* a partir da afirmação de sua alteridade excluída, sua “perifericidade”.

Nesse passo percebe-se a filosofia hegemônica na qualidade de fruto do pensamento do mundo como *dominação*. Noutras palavras, a filosofia hegemônica da modernidade não se apresentou como *uma* filosofia regional nem, tampouco, elucidou sua pretensão de universalidade (quer dizer, de negação da particularidade de outras culturas) mas sim se impôs como a filosofia da modernidade.²⁸²

Vale registrar que, até o presente, a comunidade hegemônica filosófica (europeu-norte-americana) não outorgou, segundo DUSSEL, reconhecimento algum aos discursos filosóficos dos mundos que hoje se situam na periferia do sistema-mundo. Esse reconhecimento da dignidade de outros discursos da

²⁸⁰ *Idem.* p. 72/3.

²⁸¹ *Idem.* p. 73.

²⁸² *Idem.* p. 76/7.

modernidade fora da Europa é um fato prático que a *Ética da Libertação* tenta tornar visível.²⁸³

Vale destacar: esse reconhecimento do discurso do outro, das vítimas oprimidas, é o próprio primeiro momento do processo ético de libertação da filosofia.²⁸⁴

Nesse sentido talvez se possa esboçar um diálogo entre a filosofia de DUSSEL e a psicanálise, na medida em que esta possibilita o reconhecimento de um outro (recalcado, reprimido, oprimido, negado, desconhecido, inconsciente) que pulsa em cada sujeito e pelo qual se é responsável subjetiva e intersubjetivamente.

A rigor, desde o arcabouço teórico da psicanálise freud-lacaniana, para além de se evidenciar a existência de discursos outros, põe-se em questão o fato de que os sentidos que se dão aos discursos vão orientados pela via da pulsão. Por esse motivo mais adiante se resgata, ainda que muitíssimo superficialmente, o que a psicanálise entende por pulsão e, antes, por inconsciente. Essa construção é importante, em especial, para tratar dos sentidos que o silêncio do arguido pode tomar.

3.2.2 A Estrutura da Filosofia de Enrique Dussel

DUSSEL estrutura sua *Ética da Libertação* em seis momentos, por ele explicitados em duas partes. Na primeira, abordam-se os três fundamentos da *Ética da Libertação*, quais sejam: (i) o aspecto material ou de conteúdo, (ii) o aspecto formal, de validade ou procedimental, (iii) a factibilidade ética como processo.²⁸⁵

Quanto à segunda parte, ponto de partida propriamente dito da *Ética da Libertação*, outros três momentos – críticos, respectivamente, aos três primeiros – são abordados: (iv) o momento crítico da ética (a seguir abordado

²⁸³ *Idem.* p. 77.

²⁸⁴ *Ibidem.*

²⁸⁵ *Idem.* p. 91/2.

mais detidamente), (v) o momento crítico da validade (ou seja, uma nova validade consensual anti-hegemonica) e (vi) o momento crítico da factibilidade (ou seja, da práxis da libertação como transformação institucional ou construção de uma nova eticidade, factibilidade crítica que, por necessidade e suficiência, sempre será um processo de libertação).²⁸⁶

É justamente no momento da crítica ética do sistema vigente (primeiro momento da segunda parte da *Ética da Libertação*) que DUSSEL subsume o pensamento freudiano.

3.2.3 A Subsunção do Pensamento de Freud em Dussel

Para Enrique DUSSEL²⁸⁷, a partir da constatação da existência de vítimas no sistema, na ordem social vigente – que se julgava ética, boa, justa –, a verdade passa a ser descoberta como não-verdade, o válido como não-válido, o factível como não-factível.

Pelo exercício da razão ético-crítica, pelo julgamento de um sistema de eticidade, desde a constatação de vítimas do sistema (em geral não-intencionais, como a presunção de culpa que se atribui ao sujeito que exerce o direito ao silêncio no processo penal) percebe-se que, desde o “bem” (por exemplo, desde o exercício do direito fundamental ao silêncio), aparece um momento negativo, de negação (de dor, de condição de vítima ou, no caso específico em estudo, de presunção de confissão de culpa).

Trata-se de lembrar à cultura moderna a contradição das suas próprias vítimas, como fizeram as filosofias críticas dos séculos XIX e XX (chamadas de “filosofias malditas” e de filosofias “dos grandes críticos”).

Assim, o mal ético-ontológico é descoberto pelo crítico quando o Sistema (luhmanniano), a Identidade (hegeliana), o Mundo (heideggeriano), o Mercado (de Hayek), a Consciência (do “Eu penso” moderno) se fecha sobre si sem mais (re)conhecer a alteridade e a autonomia de suas vítimas.

²⁸⁶ *Idem.* p. 301/309.

²⁸⁷ *Idem.* p. 301/311.

Percebe-se, então, o *mito da Modernidade* como encobrimento do Outro, de modo que o que era bem vira mal e é identificado. Por exemplo: o fetichismo de Marx, a inversão de valores de Nietzsche, a sociedade excludente de Foucault, a dialética negativa de Adorno, a totalidade de Levinás, a descoberta do superego repressor em Freud.

A Ética da Libertação subsume, portanto, o momento dos “grandes críticos” na medida em que criticam aspectos “dominadores” da Modernidade, da razão moderna.

Dessa forma se tem descoberto que o pretenso bem, o sistema material dos valores vigentes, a cultura (o atual estágio de desenvolvimento da civilização) é responsável pela dor, pela negatividade (da morte, da miséria, da opressão da corporalidade pelo trabalho alienado, da falta de poder político dos sujeitos diante das instituições, da vigência de valores invertidos, da alienação do sujeito ético, da repressão do inconsciente e da libido, etc.) injustamente sofrida pelas vítimas.

Entende-se, assim, que o sistema (o capitalismo, as instituições, o direito, o racismo, o machismo, a cultura, a moral sexual civilizada, etc.) é ilegítimo, visto que vitimário.²⁸⁸

Destarte, os sistemas de eticidade vigentes (estabelecido pelas instituições, pelo direito, pela civilização, pela cultura, pela moral, pela pulsão que se permite fluir em determinada medida), a pesar de pretenderem cumprir com os princípios éticos para fazer o bem, causam vítimas – em grande parte não-intencionais – que se acumulam na história.²⁸⁹

Nesse contexto reconhece-se a condição do arguido que é presumido culpado ao exercer o direito ao silêncio em processo penal.

Segundo DUSSEL, de fato, toda civilização (ou cultura, no sentido freudiano ou alemão) pode ser interpretada como horizonte institucional que produz na psique humana determinações que constituem uma subjetividade “disciplinada”.

²⁸⁸ *Idem.* p. 301/311.

²⁸⁹ *Idem.* p. 376/383.

Mesmo ao nível neurobiológico – dado que a evolução do córtex cerebral durante milhões de anos permite os fenômenos da consciência, da linguagem e da autoconsciência – as estruturas tendenciais, pulsionais ou instintivas foram *reconstituídas por dentro* sendo intrinsecamente culturais, institucionalizadas.²⁹⁰

Não obstante, disso não se extrai uma conclusão simplista no sentido de entender a cultura como “o mal”, de modo tal que se devesse trabalhar para, no futuro, voltar a uma felicidade plena, a um sentimento de completude ou a um estado anterior ideal, mais primitivo e menos sobredeterminado pelo recalque, no qual se deixassem fluir sem limites as pulsões ou no qual essas fossem total e naturalmente limitadas.

Embora FREUD questione o alto preço que se paga pela civilização e pela “moral sexual civilizada”, não implica, de forma alguma, defender a supressão da cultura e dos limites ou a fruição pulsional desenfreada, muito pelo contrário. Para disso tratar, recorre-se a um breve resgate da obra freudiana, mais especificamente da psicanálise de matriz freud-lacanianana (em sendo LACAN um freudiano declarado).

3.3 ALGUNS APONTAMENTOS SOBRE A PSICANÁLISE FREUD-LACANIANA

Sigmund Freud (1856 – 1939), médico neurologista, iniciou os trabalhos que deram origem à psicanálise através do estudo da histeria²⁹¹. Tais estudos, iniciaram-se em 1885 com Jean Martin Charcot, neurologista francês, que se utilizava da hipnose para tratar os sintomas e, mais tarde, com Joseph Breuer, que tinha na hipnose não apenas um método de tratamento

²⁹⁰ *Idem.* p. 363.

²⁹¹ Simplificadamente, pode-se conceituar a histeria como uma neurose em que os conteúdos inconscientes reprimidos manifestam-se como sintomas físicos (conversão). O termo tem origem grega, *hystéra*, que significa útero. Uma antiga teoria sugeria que o útero vagava pelo corpo e a histeria era considerada uma moléstia especificamente feminina, atribuída a uma disfunção urinária. Na verdade, os sintomas histéricos podem se manifestar tanto em homens quanto em mulheres e hoje parecem ser mais comumente observados na adolescência.

dos sintomas, mas também uma via para descobrir as causas do sofrimento dos pacientes.

Breuer e Freud continuaram essa investigação, cujos resultados foram publicados em *Estudos sobre a Histeria* (1895). Na seqüência, Freud diverge de Breuer no que consiste com a existência de uma sexualidade desde a infância, razão pela qual cada um segue, separadamente, seus estudos.²⁹²

Freud passa a se preocupar com a origem das experiências psíquicas e com os mecanismos mentais com vistas a avançar no que fosse possível compreender a estruturação e a constituição do sujeito. Nesse passo, formulou inúmeras teorias sobre sexualidade e pulsão, memória e esquecimento, morte e vida em sociedade.

Cabe de início ressaltar que Freud era um pesquisador de campo nato e sempre estava aberto a reformular aquilo que não se refletia adequadamente na sua experiência clínica. Por isto, uma leitura sistemática e cronológica de sua obra faz-se necessária. Ademais, os conceitos por ele elaborados somente são bem apreendidos se relacionados com o todo, não se podendo usar frases soltas como se fossem significativas por elas mesmas.

Neste sentido, são correntes os equívocos sobre o importante conceito de inconsciente, premissa para a leitura adequada de sua teoria, razão pela qual se faz necessária uma breve abordagem acerca do tema.

3.3.1 O Inconsciente

Seguramente, a principal contribuição de Freud e da Psicanálise foi ter trazido ao contexto do saber do seu tempo suas investigações, hipóteses e conclusões sobre o inconsciente e a efetiva e perene influência que pudesse ter na vida concreta de cada sujeito.

Frequentemente usa-se a assertiva freudiana "o eu não é mais senhor

²⁹² NASIO, Juan-David. Introdução às obras de Freud, Ferenczi, Groddeck, Klein, Winnicott, Dolto, Lacan. p. 79.

na sua própria casa”²⁹³ para apontar a existência de outra cena que não a da racionalidade consciente de matriz cartesiana. Não obstante, dois equívocos podem decorrer de uma compreensão desarticulada da frase.

O primeiro deles consiste em separar e opor o consciente ao inconsciente. A rigor, não há duas instâncias diferentes e separadas concorrendo entre si em cada ser humano, de modo que se pudesse escolher racionalmente por uma ou por outra ou sobrepor e priorizar o consciente em relação ao inconsciente. As duas encontram-se implicadas de modo que, como alerta Jacques Lacan²⁹⁴, não há como “fazer do inconsciente um outro eu, um eu ruim, um duplo, um semelhante simétrico do eu”²⁹⁵.

O segundo equívoco se refere a entender que a existência de um inconsciente anula a responsabilidade do sujeito pelos seus atos. Pelo contrário, Freud sempre sustentou que o sujeito é responsável por todos os seus atos.

Não obstante, o inconsciente, segundo Freud, é uma instância em geral desconhecida. Dessa forma, não haveria um acesso direto e racional a ele, mas sim às chamadas “formações do inconsciente”, quais sejam: sonhos, chistes, lapsos, lembranças, atos falhos, sintomas.²⁹⁶

O reconhecimento do inconsciente foi muitas vezes comparado à “virada copernicana”, na medida em que inverteu o postulado cartesiano do “penso, logo existo”. LACAN, a propósito, faz um jogo de palavras sustentando que o postulado, a partir da teoria freudiana, passa a ser “Penso onde não sou, portanto sou ali onde não penso”. Com tal assertiva, sustenta que o saber existencial está localizado no inconsciente, mas deste saber o sujeito não

²⁹³ FREUD, Sigmund. *Obras psicológicas completas de Sigmund Freud*: edição standard brasileira. (trad. Jayme Salomão). v. 4 - A interpretação dos sonhos. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

²⁹⁴ Psicanalista que efetuou uma releitura das obras de Freud acrescentando aspectos peculiares à sua teoria, sempre desde a matriz do pensamento freudiano, a qual preserva.

²⁹⁵ LACAN, Jacques. O Seminário O Seminário livro 3, psicoses. 2. ed, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 273.

²⁹⁶ FREUD, Sigmund. Alguns comentários sobre o conceito de inconsciente na psicanálise. In: _____. *Escritos sobre a psicologia do inconsciente*. Coord. geral da tradução Luiz Alberto Hanns. Rio de Janeiro: Imago, 2004. (Col. Obras Psicológicas de Sigmund Freud, v. 1). P. 84-89.

sabe²⁹⁷, apenas tem “pistas” (como as recém-referidas “formações do inconsciente”). Para LACAN, o inconsciente é estruturado como linguagem, numa cadeia em que o significante circula atado pela pulsão.

3.3.2 A Pulsão

O conceito de pulsão, como a definiu FREUD, é o limite entre o psíquico e o somático. Assim o entende porque se não trata de mero impulso psíquico para satisfação de uma necessidade do corpo. A pulsão não é meramente orgânica, tal como, por exemplo, o impulso instintual dos animais.

Nada obstante, também não pode ser ela confundida com um mero impulso psíquico que levaria o sujeito a uma satisfação qualquer através dos objetos. A pulsão é uma força constante que tem como alvo uma satisfação que é sempre incompleta (daí a abertura para mudança, para a possibilidade do amanhã).

Sobre as pulsões, a psicanálise entende que o ser humano, ao contrário dos animais, é inserido involuntária e diretamente no mundo da cultura, pois depende, integralmente e no início de sua vida, de outras pessoas que o alimentarão, trocarão, agasalharão, ou seja, suprirão suas amplas necessidades. Não têm instintos que o levem até, por exemplo, ao seio da mãe para se alimentar.

Por isto, as tensões sentidas em seu corpo já estão inseridas na cultura, a partir do momento que são nomeadas por outras pessoas. Por exemplo: diz-se "o bebê ta com fominha"; "não, é só manha", contesta-se; "talvez seja sono, frio, ou calor".

As tensões primordiais do bebê, concretizadas a partir da interpretação dos outros que o rodeiam, geram uma sensação de satisfação plena, que nunca mais será encontrada, mas sempre será buscada, remetida,

²⁹⁷ "Nesse sentido, Jean-Jacques Moscovitz chama atenção para o fato de o termo alemão que designa o inconsciente, Unbewusste, significar literalmente insabível, acrescentando que o consciente seria um saber que se sabe e o inconsciente um saber que não se sabe". (JORGE, Marco Antonio Coutinho. Fundamentos da Psicanálise de Freud a Lacan. 3.ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 66).

referida como *experiência padrão*.

A busca se dá, a rigor, pela homeostase, ou seja, pela ausência de tensão, situação inicialmente vivida após o nascimento ou mesmo intrauterinamente.

Mas a realidade é dura e disto já sabe o bebê desde seus primeiros meses. Afinal, muitas vezes a pessoa responsável pela satisfação de suas necessidades está ausente e o jogo presença-ausência, impõe aquilo que se chamou de *princípio da realidade*.²⁹⁸

O bebê deve, para melhor conviver com este jogo, *adiar sua satisfação para um momento posterior* - no caso, o momento da chegada do responsável. Este adiamento fora por Freud chamado de *princípio da realidade*.

A partir da situação acima narrada e da leitura da obra freudiana, identificam-se os princípios do prazer, da realidade e do nirvana (também chamado de princípio de morte).

Sobre o princípio do prazer, Freud, em *Além do Princípio do Prazer*²⁹⁹, sustenta a hipótese de que o curso dos eventos mentais é por esse princípio regulado. Sustenta, noutras palavras, que o curso dos eventos mentais é colocado em movimento por uma tensão desagradável e, como resultado, tem-se a redução de tal tensão através de um suprimento imediato da necessidade, de um afastamento da situação de desprazer ou, ainda, de uma satisfação imaginária (alucinatória).

O que se entende por prazer e desprazer tem relação com a quantidade de excitação presente na mente: um aumento na quantidade de excitação (tensão) é sentido como desprazer, enquanto que uma diminuição se revela prazerosa.

Segundo FREUD, o aparelho mental esforça-se por manter a quantidade de excitação nele presente tão baixa quanto possível ou constante, estável.

²⁹⁸ LACAN, Jacques. *O seminário. Livro 11: os quatro conceitos fundamentais da psicanálise*. 4 ed. Trad. M.D. Magno. São Paulo: Jorge Zahar, 1990. p. 29.

²⁹⁹ Freud, Sigmund. *Obras psicológicas completas de Sigmund Freud: edição standard brasileira* (trad. Jayme Salomão). v. 18 - *Além do Princípio do Prazer*. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

Desse modo, qualquer coisa que aumente essa quantidade é sentida como adversa ao funcionamento do aparelho, ou seja, como desagradável, desprazerosa, dolorosa.

Vida é, portanto, tensão. Morte (*princípio do nirvana*), ao contrário, é ausência de tensão, satisfação total da pulsão que, enfim, encontra seu objeto (este, a rigor, ausente).

Nada obstante, essa construção é uma constatação empírica da prática da psicanálise e não um objetivo da teoria freudiana. A vida, como tensão, teria como objetivo o alívio desta e, como tal, sempre beiraria à morte. Assim, a plena satisfação apenas ocorre com a morte, o que não é, a princípio, desejado conscientemente pelos sujeitos.

A pulsão de morte pura, ou completa, é a própria morte. A pulsão de vida pura, ou completamente satisfeita, não existe concretamente e, portanto, equivale à morte. Assim, para FREUD, a dialética pulsional traz em seu bojo, justamente, vida e morte, que se equilibram em uma *satisfação insatisfeita* (ou satisfação parcial).

Ora, se houvesse satisfação total, não haveria motivo para viver o amanhã; por outro lado, se não houvesse um pouco de satisfação, do mesmo modo, motivo para o amanhã não haveria.

Vale registrar que no citado *Além do Princípio do Prazer* Freud rearticulou sua primeira formulação teórica sobre as pulsões, na qual opunha as pulsões recalcantes do eu às pulsões sexuais. Equivale dizer, as pulsões do eu e o par de opostos “pulsões do eu / pulsões sexuais” são substituídas por uma nova proposta, na qual Freud reagrupa os movimentos libidinais sob o termo único *pulsões de vida*, opondo-o ao termo *pulsão de morte*.

O alvo das pulsões de vida é a ligação libidinal, isto é, a configuração dos laços, por intermédio da libido, na cadeia de significantes. As pulsões de vida tendem a tudo investir libidinalmente e a manter a coesão das partes da substância viva.

As pulsões de morte, por sua vez, visam ao desligamento, ao desprendimento da libido dos objetos e ao retorno inelutável do ser vivo à

tensão zero, ao estado inorgânico. NASIO³⁰⁰ esclarece que a “morte” que rege essas pulsões nem sempre é sinônimo de destruição, guerra ou agressão: as pulsões de morte representam a tendência do ser vivo a encontrar a calma da morte, do repouso e do silêncio.

Registra-se, ainda, a existência de um traço comum identificado por Freud entre as pulsões de vida e as de morte: ambas visam a reestabelecer um estado anterior no tempo, agradável ou desagradável, com ou sem tensão. Noutras palavras, ambas visam à repetição.

A pulsão de repetir é, pois, primária e fundamental, é a pulsão das pulsões; é a compulsão de retornar o que não foi concluído, com vontade de completá-lo: essa é a explicação para o desejo ativo do passado, mesmo que o passado tenha sido ruim para o eu.

A compulsão a repetição seria o desejo de retornar ao passado e rematar, sem entraves nem desvios, a ação (a satisfação, a completude ou o conhecimento) que se revelou impossível (como se as pulsões inconscientes nunca se resignassem a ficar condenadas ao recalçamento).

Interessa aqui ressaltar que, ao viver o desejo ativo do passado, o vivente faltante (que se assume responsável e especialmente responsável pelo desconhecido, pelo estranho, pelo outro que nele pulsa) pode transformar a realidade.

Destaca-se, ainda, que é no ritmo da pulsão que se (des)atam os significantes e se (des)constroem os sentidos dos discursos.

3.3.3 A Civilização e a Cultura

Em *Totem e tabu*³⁰¹ Freud utiliza o Mito do Pai da Horda para tentar explicar o modo como a pulsão é limitada em nome da civilização e da cultura.

³⁰⁰ NASIO, Juan-David. Introdução às obras de Freud, Ferenczi, Groddeck, Klein, Winnicott, Dolto, Lacan. p. 44/6.

³⁰¹ FREUD, Sigmund. Obras psicológicas completas de Sigmund Freud: edição *standard* brasileira (trad. Jayme Salomão). v. 13 - Totem e tabu. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

Limita-se a pulsão porque deve haver uma interdição que possa fazer com que convivam em sociedade pessoas diferentes com demandas diferentes.

Ou seja, não há, em Freud, a sustentação de que o ser humano, em nome da diminuição das tensões, possa simplesmente executar as situações de prazer "a qualquer preço".

A civilização pressupõe (i) uma carga de desprazer necessária (aceitar o prazer dos outros e o limite do seu próprio prazer) e (ii) a repressão e recalque das atitudes não aceitas socialmente, ou tidas como *agressivas*, *desnecessárias*, *incômodas*, *inadequadas*, etc.

Em *O Mal-Estar na Civilização*³⁰² Freud esclarece o que precisa haver para que o *desejo de agressão do sujeito* se torne inofensivo: sua agressividade precisa ser introjetada, recalcada, redirecionada ao ego de onde veio e, lá, assumida por uma parte dele (o superego) que se coloca contra o resto³⁰³.

Certo é que, onde há uma proibição há também um desejo, levado por uma pulsão, que deve ser limitada. Por isto, com o exemplo da proibição do incesto Freud aborda o *Mito do Pai da Horda*. Nele há, resumidamente, um Pai violento e ciumento que possui todas as fêmeas e expulsa os filhos machos na medida em que crescem.

Em um determinado momento, os irmãos da horda se revoltam e decidem assassinar o pai para terem acesso às fêmeas. O luto pelo parricídio e a culpa (sentida pelo paradoxo dos sentimentos amor/ódio), simbolizados pela refeição totêmica, unido ao medo de que o desejo de morte esteja nos outros irmãos, gera um simbolismo em torno da figura paterna, de modo tal que se cria o *totem* para lembrar da existência do pai.

Uma possível relação disto com o direito está em delimitar a sua função como a dos antigos *tabus*. A posição do sujeito frente às proibições primeiras de sua vida será operada por repetição nas proibições seguintes. O

³⁰² FREUD, Sigmund. Obras psicológicas completas de Sigmund Freud: edição *standard* brasileira (trad. Jayme Salomão). v. 21 - O mal-estar na civilização. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

³⁰³ Vale registrar que a percepção do ego de que é permanentemente vigiado pelo severo superego é for Freud entendida como *sentimento de culpa*.

Direito, assim, estabelece a ordem social colocando limites às pulsões e coibindo o excesso. O funcionamento do Direito pode ser remetido aos antigos totens, representativos da ideia de que, do mesmo modo como os irmãos da horda, as pessoas têm os mesmos desejos, cuja satisfação fora limitada. Se cada um decidir não respeitar esses limites e satisfazer simplesmente seus desejos, voltaria-se ao tempo do pai da horda.

Nada obstante é preciso, ainda que muito resumidamente, elucidar a diferença que existe entre as leis jurídicas e a Lei. Está (A Lei) a rigor tem, para a psicanálise, “três faces”³⁰⁴: (i) a da Lei que intima o sujeito a ultrapassar quaisquer limites do prazer para atingir o gozo (numa espécie de satisfação pulsional desenfreada, na qual se tende à morte, à destruição, à dor); (ii) a da Lei da proibição (oposto da primeira) que intima aos ditames cruéis do superego (numa espécie de renúncia pulsional excessiva, na qual também se tende à morte, à destruição, à dor); (iii) a da Lei da castração (simbólica), pela qual o sujeito se constitui com ser faltante e desejante (numa forma de equilíbrio tateante entre vida e morte, no qual as pulsões são, ao mesmo tempo, em parte barradas e em parte satisfeitas).

Esta última face da Lei a que se fez referência precisa ser aclarada. Trata-se da Lei como *proibição primeira*, aquela que inscreve no homem uma perda primordial (uma falta de ser da ordem do real, irrepresentável) e o constitui como desejante. É uma Lei que simboliza o corte (a barra) que *constitui* o sujeito. Barrado, o sujeito se insere na cultura (no mal-estar da civilização), ao se ver condenado à insatisfação das pulsões e dos desejos. Estes, por sempre restarem insatisfeitos, embora também um tanto satisfeitos, movem o homem e possibilitam transformações na realidade. É à essa proibição primeira (a Lei) e ao modo como ela se instaurou na psique de cada sujeito que as demais leis (inclusive as leis jurídicas e as da linguagem) serão referidas e compreendidas como tais.

³⁰⁴ PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A lei: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 402/3.

Direito, instituições, leis, cultura, restrições (inclusive as relativas a uma “moral sexual civilizada”) impostas pela civilização têm, como visto, o preço da renúncia de determinadas pulsões, que vão recalcadas e vigiadas pelo superego. Mas não por isso a teoria freudiana estaria defendendo a supressão de determinadas interdições fundantes, indispensáveis para que haja laço social (ao contrário). Determinadas interdições (como, por exemplo, as de não matar, não praticar o incesto nem o canibalismo) seriam, segundo a psicanálise freudiana-lacanianana, indispensáveis à vida social, na medida em que se propõem a barrar algo daquilo que sempre há de destrutivo na bagagem pulsional humana.

Introjetados na psique humana, os interditos culturais são vigiados ininterruptamente pelo *supereu*, autoridade interna poderosa, da qual nada – nem os desejos e pulsões inconscientes – é possível esconder. O supereu é o vigia interno ao sujeito que, em princípio, atua de modo a coibir os excessos pulsionais em nome da civilização. O funcionamento do superego, entretanto, mostra-se mais complexo, na medida em que, não raro, ao invés de coibir (ou, ao contrário, incentivar) os excessos pulsionais na medida do razoável, é sobredeterminado por exigências exorbitantes, cuja lógica escapa, já que acaba por prejudicar, de diversos modos (em especial pelo que acima se referiu como renúncia pulsional excessiva ou satisfação pulsional desenfreada), o laço social e a afirmação da vida do próprio sujeito.

Com efeito, na medida em que o superego não pode ser enganado sobre desejos e pulsões – não raro recalcados, desconhecidos e inconscientes –, não serão suficientes as mais severas renúncias pulsionais nem as mais agudas realizações da pulsão para aplacar sua fúria. A rigor, para que as relações do homem com o superego que o limita ultrapassem a mera submissão ou a satisfação sem limite (o *gozar a qualquer preço* que inclui transgressões do que se entende como justo, ético, bom) algo deve ser simbolizado: uma barra se faz necessária para que o indivíduo se liberte da busca circular pela completude (mortífera, destrutiva, negativa) e, na rotina das satisfações parciais, constitua-se como sujeito desejante.

No *Seminário 10*, ao falar da angústia, Lacan³⁰⁵ defende a necessidade da preservação da falta para que o sujeito advenha como desejante. É para saciar algo que falta que o sujeito desejante segue vivendo. Se o que se deseja fosse por completo saciado, não haveria motivo para investir no amanhã, seguir o curso da vida, manter-se vivo dali em diante. O fato de o desejo do ser falante jamais ser satisfeito por completo (embora o seja parcialmente) mantém presente a marca da finitude humana, o que é essencial para o curso da vida.

A falta incurável (ou o desejo nunca satisfeito por completo ou o sentido definitivo nunca fixado) não é o mal mas, ao contrário, a abertura que possibilita o amanhã, a esperança, a ação, a luta, a transformação, a invenção, o desenvolvimento da vida, sua afirmação.

Vale insistir: para que o sujeito faltante e desejante advenha, uma primeira interdição é indispensável, sendo que tal interdição, ao invés de representar “o grande mal” – ao invés de barrar *toda* forma de satisfação pulsional ou de condenar à satisfação do que possa haver de absolutamente mortífero nas pulsões –, barra *alguma* satisfação e, nisso, *abre* possibilidade para que outras satisfações (*parciais*) advenham.

Nesse passo, a emergência de discursos outros (no sentido de discursos alternativos ao hegemônico) depende também da instalação de um limite. LACAN coloca as manifestações do inconsciente em termos de manifestações da linguagem. Nesse sentido, afirma que o inconsciente é estruturado como linguagem.

3.4 LINGUAGEM, (PULSÃO DE) VIDA E (PULSÃO DE) MORTE

Uma possível interlocução entre direito e filosofia fez refletir sobre a linguagem que, por sua vez, chama à cena a psicanálise. Esta é instaurada desde a suposição da falta radical e originária dos objetos da pulsão, do

³⁰⁵ LACAN, Jacques. O Seminário: livro 10, a angústia. 2. ed, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

desejo e de um significante primordial a partir do qual a ordem simbólica se pudesse estruturar (como princípio fundante ao qual os elos se referem, de forma a fundamentar *A Verdade* como seu critério)³⁰⁶.

Mas esse significante apenas existe enquanto *falta radical* que, “por definição, jamais pode ser suprida. Por isso é impossível de direito a qualquer discurso, científico ou não, dar conta da totalidade de seu objeto, na qual está implicado, inclusive, o devir desse objeto.”³⁰⁷

A falta radical de um significante primeiro implica necessariamente a inconsistência da ordem da linguagem e, pois, a impossibilidade de quaisquer discursos darem conta da totalidade de seus respectivos objetos³⁰⁸.

A explicação desse fenômeno remete à natureza do significante: ele, em si, nada significa; há que estar em relação, encadeado, referido a outro significante. Com MARQUES NETO³⁰⁹:

“...disso resulta que é instrínseca e ineliminável, em qualquer prática languageira, inclusive no discurso científico por mais purificado de ambigüidades que se pretenda, a incidência de deslizamentos de sentido, que se dão conforme modalidades de que a metáfora e a metonímia são as expressões por excelência.”

É através deste movimento de deslize – condicionado por tempo, espaço e ponto de partida e possibilitado pela linguagem – que emana, por exemplo, a capacidade de se “libertar” o direito³¹⁰ ou de negar as negatividades que ele engendra.

³⁰⁶ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Subsídios para pensar a possibilidade de articular direito e psicanálise. In: *Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEJ, 1996. p. 26.

³⁰⁷ MARQUES NETO. *Ibidem*.

³⁰⁸ MARQUES NETO. *Idem*. p. 26-7.

³⁰⁹ MARQUES NETO. *Idem*.. p. 27.

³¹⁰ “Devemos minar a linguagem jurídica para aprender que o Direito também é o espelho da irracionalidade humana. A justiça também é o teatro do absurdo. (...) Paremos de distinguir logicamente o absurdo da condição humana. Descubramos a sua poesia: temos que reivindicar a língua. Para isso é preciso recuperar o papel da linguagem que está em nosso corpo, e com ele iniciarmos uma crítica.”; “A linguagem impera sobre os homens. Para que esses recuperem seus desejos e fujam da teia repressiva dos signos, é preciso levar a linguagem a situações limites, jogar com ela até o absurdo [sem grifos no original].” (WARAT, Luis Alberto. A ciência jurídica e seus dois maridos. In: *Territórios desconhecidos: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade*. Fundação Boiteux: Florianópolis, 2004. p. 95; p. 112, v. 1.).

Como visto, um significante nunca está só, nunca se auto-sustenta, remete sempre a outro (além do mais, entre dois dados significantes há, ainda, a presentificação do sujeito, que é estruturado por uma cisão fundamental na qual reina a *economia pulsional*). Tem-se, assim, a possibilidade de várias interpretações, pelo que o fenômeno jurídico pode se renovar³¹¹.

3.4.1 A Negação da Vida Negada como Afirmação da Vida

Para a *Ética da Libertação* a possibilidade do mal encontra-se na impossibilidade de um conhecimento e de uma pulsão (amor) perfeitos.³¹² Perante tal impossibilidade, o ser humano tem que decidir – mesmo intersubjetivamente – entre o conhecimento e a pulsão perfeitos (impossíveis) e a negação clara da vida (impossível eticamente).

Entre esses extremos abre-se o âmbito do conhecimento e da pulsão finitos, imperfeitos, nos quais se encontra a possibilidade de erro (de totalização do sistema sobre a realidade da vida, ou seja, sobre o que se entende por ético, bom, justo), de um “egoísmo pulsional” (*pulsão de morte*) ou, numa palavra, do *mal* (que vai ocultado sob a aparência do *bem*). Esse mal ocultado torna-se fundamento de escolhas de mediações que geram vítimas, em grande parte não-intencionais, que se acumulam na história. O desvelamento desse mal é o trabalho da crítica como um momento de luta pela vida. O re-conhecer re-sponsavelmente a vítima como o outro que o sistema faz sofrer subverte o mal e possibilita o processo de libertação como futuro.³¹³

³¹¹ “A semiologia deve ocupar-se, assim, das verdades seduzidas. A sedução é uma idéia que vem de Nietzsche, que a emprega como desvio de sentido. Nessa direção, a sedução implica o fascínio da divisão, da cumplicidade, da ambivalência. Na sedução, não há termos individualizados, mas duais, que se encaixam pela atração uns nos outros. É a regra de um jogo implicando a luta, o segredo. Num discurso de sedução, a verdade é um lugar vazio que adquire as formas de um ritual, dirigido à permanente suspensão dos sentidos, impedindo de converter-se num discurso monológico [sem grifos no original].” (WARAT, Luis Alberto. A ciência jurídica e seus dois maridos. In: *Territórios desconhecidos: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade*. Fundação Boiteux: Florianópolis, 2004. p. 117, v. 1.).

³¹² DUSSEL. *Idem*. p. 376/8.

³¹³ DUSSEL. *Ibidem*.

Ora, a tomada de responsabilidade do sujeito (pelo outro e pelo o grande Outro) é tema da teoria psicanalítica. Como visto, ao contrário do que se poderia erroneamente inferir, o reconhecimento do inconsciente e a identificação dos excessos do superego – ambos atravessados de valores culturais – não exime o sujeito de responsabilidade nem o condena à satisfação do que possa haver de absolutamente mortífero nas pulsões.

Trabalha-se, isso sim, o devir desse sujeito responsável (responsável, inclusive e especialmente, pelo que há de pior), o que ocorre nos espaços de falta e desejo abertos pela interdição primeira que, ao negar a satisfação absoluta da pulsão, permite sua satisfação parcial.

É justamente nesse espaço de busca – pelo qual se assume a devida responsabilidade – que o sujeito se faz capaz de atuar sobre a realidade em prol de um futuro de contínuas libertações e afirmações da vida.

Nesse contexto, a simples condição de ser processado criminalmente no Brasil de hoje deve ser reconhecida como vitimaria (causadora de vítimas desse sub-sistema), negativa e opressiva. Mais especificamente, a vida do arguido que exerce o direito ao silêncio (sua condição de sujeito no processo, a presunção de inocência e a ampla defesa que lhe são devidas) é manifestamente negada (ele é tratado como objeto) quando se entende esse silêncio como algo diverso de um não-ser, diverso de um inatingível próprio à estrutura da linguagem (como se se tratasse de indolência, desrespeito, confissão de culpa, meio ou indício de prova).

Com o objetivo de negar a morte (opressão, exclusão, culpa presumida, etc.) ou de negar a negação da vida do arguido que se cala – portanto, com o objetivo de afirmar sua vida e sua posição de sujeito do processo –, sustenta-se, com base na Ética da Libertação de DUSSEL, a compreensão do silêncio do arguido como um não-ser (no sentido de um *não-alcançável-pela-linguagem*) .

A partir de uma negação (ou seja, da compreensão do silêncio do arguido como algo cujo sentido não se alcança) é possível negar a *vida*

negada do arguido (que é presumido *culpado* por exercer seu direito ao silêncio).

3.4.2 O Silêncio enquanto Não-Ser

Este trabalho tem por objeto não qualquer silêncio, mas o silêncio do acusado em direito processual penal. Nesse campo, o silêncio costuma ser mal-compreendido não apenas pela sociedade em geral como também pelo senso comum jurídico.

Não raro se tem a impressão de que quem o invoca pretenderia esconder algum conhecimento que lhe implique culpa pois, do contrário, segundo erroneamente se pensa, o arguido não se absteria de falar.

Entende-se, não sem equívoco, que nada seria tão relevante a ponto de levar alguém a não exteriorizar uma contribuição verbal sobre os fatos para o esclarecimento do caso penal.

Daí decorre, também erroneamente, que quem não tem culpa sempre adota a postura de comunicar aos agentes penais uma versão dos fatos. Nada mais equivocado.

A rigor, tal entendimento é sintomático de uma determinada forma de tratar o acusado e de pensar e fazer processo penal, forma essa que remete ao estilo inquisitorial. Nesse, trata-se o arguido não como sujeito mas como objeto da investigação e da intervenção feitas por parte do inquisidor, cujo trabalho se dá sobre os acusados, os quais, independentemente de serem culpados ou inocentes, saberiam tudo o que é necessário para que os inquisidores proferissem decisões perfeitas. Assim, o empenho do inquisidor se resumia, basicamente, em fazer falar³¹⁴.

Evidentemente, nesse modelo não há espaço para presumir inocente o acusado que, ademais, não tem direito à defesa nem ao contraditório. Nesse

³¹⁴ CORDERO afirma que o “instrumento inquisitório” desenvolve um teorema óbvio, pelo qual o indiciado, culpado ou não, é tomado como detentor das verdades históricas: tenha ou não cometido o fato, entende-se que o acontecido constitui um dado indelével capaz de ser rememorado se o arguido permitir que transpareça e, dessa forma, todas as questões seriam com certeza liquidadas. Bastaria, portanto, a “entrada do inquisidor na cabeça do indiciado”. (CORDERO, Guida..., p. 48.)

passo, no caso de as provas se mostrarem insuficientes ou duvidosas, a consequência não era a absolvição do acusado, ao contrário: quaisquer indícios equivaliam ao que se entendia como “semiprova”, pela qual se chegava a um juízo de “semiculpabilidade” e, pois, à uma “semicondenação”³¹⁵.

O inquisidor, que concentrava em si as tarefas de investigar e julgar o réu, poderia submetê-lo à tortura, sem embargo de não precisar lhe dizer do que ou quem o acusava. O desfecho, como não poderia deixar de ser, acompanhava e confirmava as hipóteses formuladas pelo próprio inquisidor.

Embora hoje, no direito processual penal brasileiro, garanta-se a presunção de inocência, o direito à ampla defesa e ao contraditório, quando o réu invoca o direito que tem de permanecer calado³¹⁶ e as provas da sua culpa se mostram insuficientes, em vez de ser absolvido, do seu silêncio não raro se infere uma confissão tácita, prática que faz transparecer a ideia de que ele, além de deter em mente a verdade dos fatos, teria o dever de contribuir com a (re)constituição oficial e o dever de colaborar com a justiça.³¹⁷

Desse modo, na medida em que o silêncio do réu acaba fazendo as vezes de uma confissão que lhe é arrancada, tem-se a negação da sua posição de sujeito. A rigor, a posição de sujeito de toda pessoa que se acuse criminalmente é negada por tudo o que o curso do processo penal implica.³¹⁸

Nada obstante, na condição de arguido (inquirido, acusado, réu) que exerce o direito ao silêncio, a negação de sua posição de sujeito parece reforçada, como se o silêncio, num contexto de inexistência de prova de culpa, lhe etiquetasse um adesivo de assunção de culpa.

³¹⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: história da violência nas prisões. p. 33 *et seq.*

³¹⁶ Além do de não ser objeto de investigações e de não precisar colaborar com a reconstituição dos fatos.

³¹⁷ FIGUEIREDO DIAS infere do direito ao silêncio a inexistência, para o arguido, de um dever de participar do processo de “obtenção da verdade”. (*Idem.* p. 448-9).

³¹⁸ CARNELUTTI, fazendo referência ao processo penal em sentido amplo, por ele compreendendo “o Tribunal e a Penitenciária”, assevera: “... o processo penal é o instituto em que se manifestam todas as deficiências e impotências do direito, podendo-se acrescentar que o processo penal é o que mais evidencia as impotências do próprio processo, entre todos.” Nele, o acusado “fica exposto a todos os sofrimentos, vergonhas e angústias, da reconstrução da sua história”. (CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. p. 122/3, p. 90).

Partindo-se da vida concreta de cada sujeito investigado ou acusado criminalmente e, mais especificamente, da vida concreta desses ao invocarem o exercício do direito ao silêncio, verifica-se tratar de uma vida negada, de um sujeito histórico oprimido, destituído de lugar, “objetificado”, na medida em que se verifica *excluído, embora tenha realidade*³¹⁹.

De fato, o processo penal representa, por si, uma pena³²⁰ à qual se submete o acusado. Este, mesmo quando tratado como parte do processo e assistido tecnicamente pelo advogado, sofre toda uma estigmatização inerente à posição de acusado criminalmente. Nessa esteira, deve-se reconhecer que uma negatividade enquanto fato empírico recai sobre a vida concreta do acusado, condenado à impossibilidade de não sofrer (com) a miséria opressiva do processo penal.

Negar essa negatividade do processo penal é afirmar a vida do acusado enquanto sujeito, sujeito cuja inocência se deve presumir e sujeito dotado de direito de defesa. Afirmá-lo enquanto sujeito do processo é um modo de afirmar a vida ou de negar a negatividade (morte, miséria, presunção de culpa, estigmas) do acusado no processo penal.

Ora, é apenas enquanto sujeito do processo que o acusado pode exercer o direito de ficar calado pois, do contrário, enquanto objeto de exame no processo, é submetido a práticas que visam a confissão, entre as quais a tortura, e, portanto, impedido de exercer o contraditório e a defesa.

Assim, o respeito ao exercício do direito ao silêncio sem que disso se infira indício de prova ou confissão se apresenta como um modo de negar o estigma de culpa que recai sobre o acusado ou de afirmar sua posição de inocente até que se prove o contrário.

Nessa esteira, para negar a vida negada ou afirmar a vida do arguido que cala e para que de fato o exercício do direito ao silêncio não altere as regras do jogo (ou seja, para que o arguido seja tratado como sujeito, presumido inocente e absolvido sem não lhe provarem a culpa), o silêncio

³¹⁹ LUDWIG. *Idem*. p. 180/181.

³²⁰ AGAMBEN, Giorgio. *O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha*. Trad. Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008. p. 28.

deve ser compreendido como um *não-ser*, vale dizer, como um *não-alcançável* que remete ao caráter de incompletude, este próprio à linguagem.

Em mente o fato de que haveria uma dimensão do silêncio que remete ao caráter de incompletude da linguagem, todo dizer teria uma relação fundamental com o não-dizer³²¹. Segundo ORLANDI³²²: “Se a linguagem implica silêncio, este, por sua vez, é o não-dito visto do interior da linguagem.” O silêncio é, nesse passo, “a ‘respiração’ (o fôlego) da significação; um lugar de recuo necessário para que se possa significar, para que o sentido faça sentido. Reduto do possível, do múltiplo, o silêncio abre espaço para o que não é ‘um’, para o que permite o movimento do sujeito.”³²³

ORLANDI afirma que o silêncio é “fundante” nos seguintes modos de existir dos sentidos e do silêncio: no “Silêncio que atravessa as palavras, que existe entre elas, ou que indica que o sentido pode sempre ser outro, ou ainda que aquilo que é o mais importante nunca se diz. (...) Assim, quando dizemos que há silêncio nas palavras, estamos dizendo que: elas são atravessadas de silêncio; elas produzem silêncio; o silêncio fala por elas; elas silenciam.”³²⁴

Nesse contexto, tem-se o silêncio enquanto *não-ser* no sentido de um *não-alcançável-pela-linguagem*, ou seja, daquilo que não é passível de ser dito

³²¹“Esta dimensão [do silêncio] nos leva a apreciar a errância dos sentidos (a sua migração), a vontade do “um” (da unidade, do sentido fixo), o lugar do *non sense*, o equívoco, a incompletude (lugar dos muitos sentidos, do fugaz, do não-apreensível), não como meros acidentes da linguagem, mas como o cerne mesmo de seu funcionamento.” (ORLANDI, Eni Puccinelli. *As formas do silêncio: no movimento dos sentidos*. 4. ed. Campinas: Editora da UNICAMP, 1997. p. 12).

³²² “Se a linguagem implica silêncio, este, por sua vez, é o não-dito visto do interior da linguagem. Não é o nada, não é o vazio sem história. É silêncio significante. (...)A relação silêncio/linguagem é complexa (...), no entanto, em nossa reflexão, o silêncio não é mero complemento de linguagem. Ele tem uma significância própria. [Quando falamos de silêncio] fundador estamos afirmando esse seu caráter necessário e próprio. Fundador não significa aqui “originário”, nem o lugar do sentido absoluto. Nem tampouco que haveria, no silêncio, um sentindo independente, auto-suficiente, preexistente. Significa que o silêncio é garantia do movimento de sentidos. Sempre se diz a partir do silêncio. O silêncio não é, pois, em nossa perspectiva, o “tudo” da linguagem. Nem o ideal do lugar “outro”, como não é tampouco o abismo dos sentidos. Ele é, sim, a possibilidade para o sujeito de trabalhar sua contradição constitutiva, a que o situa na relação do “um” com o “múltiplo”, a que aceita a reduplicação e o deslocamento que nos deixam ver que todo discurso sempre se remete a outro discurso que lhe dá realidade significativa.” (ORLANDI, Eni Puccinelli. *As formas do silêncio: no movimento dos sentidos*. 4. ed. Campinas: Editora da UNICAMP, 1997. p. 23).

³²³ ORLANDI, Eni Puccinelli. *As formas do silêncio: no movimento dos sentidos*. 4. ed. Campinas: Editora da UNICAMP, 1997. p. 13.

³²⁴ (ORLANDI, Eni Puccinelli. *As formas do silêncio: no movimento dos sentidos*. 4. ed. Campinas: Editora da UNICAMP, 1997. p. 14).

pela linguagem, de um indizível; uma dobra, um lugar de recuo necessário à estrutura da linguagem; um furo inerente à constituição da linguagem; um horizonte, um espaço onde se desdobram as possibilidades de sentido.

Com efeito, encarar o silêncio como *não-alcançável* inerente aos limites constitutivos da linguagem passa a ser um meio efetivo de, através da negação que veicula, negar a negação que paira sobre a vida do réu, que se tem negada desde quando sobre ele se dirige a investigação criminal.

Para concluir: a *vida* do arguido que exerce o direito ao silêncio (sua condição de *sujeito* no processo, a presunção de inocência e a ampla defesa que lhe são devidas) é manifestamente *negada* (ele é tratado como *objeto*) quando se entende esse silêncio como algo diverso de um não-alcançável linguístico (como se se tratasse de indolência, desrespeito, confissão de culpa, meio ou indício de prova).

Tal entendimento atrela um sentido pejorativo único ao silêncio, presumindo erroneamente a possibilidade de apreender sua verdade, sua essência.

Entretanto, entendendo-se a compreensão e a construção dos sentidos desde a hermenêutica heideggeriana e, ainda, pelos aportes da psicanálise freud-lacanianana, tem-se a impossibilidade de se apreender o sentido do silêncio *em si mesmo*, como se desde sempre *já-não-estivesse-no-mundo* e, ainda, desde sempre demarcado pelo (des)encadeamento linguístico cujo deslizar de sentido vai marcado pela pulsão.

Nada obstante, elegendo-se como referência de atribuição de sentido a principiologia constitucional e o critério de afirmação, produção e reprodução da vida concreta de cada sujeito desde a ética da libertação de Enrique DUSSEL e com o objetivo de negar a morte ou de negar a negação da vida do arguido que se cala (portanto, com o objetivo de afirmar sua vida e sua posição de sujeito do processo), sustenta-se a compreensão hermenêutica do silêncio como um *não-ser*, como um *não-alcançável* linguístico. A partir de uma negação (ou seja, da compreensão hermenêutica do silêncio do arguido

como *não-alcançável-da-linguagem*), pode-se negar a concretude negada da vida do arguido (DUSSEL).

3.4.3 Um Inalcançável na Linguagem

Como visto, fazer valer o direito ao silêncio (ou seja, considerá-lo um não-alcançável da linguagem) seria uma forma de negar a negatividade que recaíra sobre a vida do acusado.

Considerar seu silêncio, nesse sentido, um não-alcançável linguístico e, pois, insistir, afirmar sua condição de sujeito inocente seria, ainda, uma forma de devolver à justiça uma questão que vem ignorando e que, nada obstante, lhe diz respeito.

Trata-se de, a partir do silêncio enquanto *não-passível-de-alcançe-linguístico* (*negação*), entendido agora em especial como um meio de negação de um suposto dever de o acusado colaborar com o (re)conhecimento dos fatos, problematizar ou fazer retornar à sociedade sua pretensão de que o direito enquanto norma dê conta, esgote a vida enquanto fato.

É decisivo que o direito não pretenda esgotar a questão fática da verdade³²⁵. Nesse sentido é que, do fato de o acusado invocar seu direito de permanecer em silêncio, não se pode inferir uma confissão ou um indício de prova.

Deve-se, ao contrário, entender esse silêncio como um *não-alcançável* linguístico, ou seja, como uma postura que não altera as regras do jogo:

³²⁵ Os fatos não se reduzem ao direito. (AGAMBEN, Giorgio. *O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha*. Trad. Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008). Diante do silêncio do acusado e da ausência de provas contra ele, os fatos típicos que lhe foram imputados podem perfeitamente permanecer com a autoria desconhecida e, nesse aspecto, não solucionados (a pena criminal só se aplica com legitimidade ao cidadão que se provar culpado). Esse é o preço que se paga por um processo penal eminentemente democrático. Nesse contexto, o direito ao silêncio pode desempenhar um papel emblemático. Ao fazer valer o direito ao silêncio do acusado num contexto em que não se faz prova de culpa, devolve-se ao magistrado o dever de o absolver, bem como se devolve (à sociedade, à Justiça e ao magistrado) a necessidade de lidar com o vazio de uma (im)possibilidade ou, noutras palavras, com a angústia da inexistência de resposta.

mesmo quando se cala é dever da acusação fazer a prova da culpa do acusado, cuja inocência deve ser presumida.

Não há para o acusado um dever de colaborar com a justiça ou de contribuir para a obtenção da verdade. Assim, se a acusação não faz a prova da culpa do acusado que se cala e se o seu silêncio não significa que consente com a acusação nem mesmo constitui prova jurídica, resta algo de inatingível e insolúvel com o que a justiça não tem sabido lidar. Cabe a ela – e, em especial ao magistrado – reconhecer os limites e absolver o acusado.³²⁶

³²⁶ Chamado a acertar o caso penal e a dizer o direito no caso concreto, a pretensão de chegar à Verdade (verdade real ou total, que é paranóica por definição) e a crença de que o pode não raro domina o imaginário do magistrado. Os fatos em questão, entretanto, pertencem ao passado e o que chega ao magistrado através das provas dos autos não passa de reconstrução histórica, cuja verdade é impassível de ser esgotada. No processo penal democrático, como limite ao (re)conhecimento dos fatos pretéritos, colocam-se direitos e garantias fundamentais, dentre os quais o direito do arguido de permanecer em silêncio. Significa que diante do silêncio enquanto direito processual penal, além de obviamente não se poder obrigar o arguido a falar, não se pode inferir indolência, confissão, meio ou indício de prova; não se pode, ainda, submeter o arguido a qualquer tipo de exame ou verificação, sabendo-se retórica a justificativa de descobrir a verdade, promover o bem ou fazer justiça. Não há para o acusado qualquer dever de colaborar com a reconstrução dos fatos, os quais podem perfeitamente restar inacessíveis ao processo (mesmo nesse sentido “indireto” de (re)conhecimento). A rigor, os fatos ou “o que aconteceu” no passado não faz parte do narrável nem daquilo que assim se poderia ter acesso. Mas ao que é possível ter acesso através da narrativa? Não ao essencial, afirma AGAMBEN, pois o essencial que merecia ser dito – na medida em que pertence à falta, à lacuna, ao deslocamento, ao sofrimento, à morte – não pode ser dito. (GAGNEBIN, Jeane Marie. Apresentação. In: AGAMBEN, Giorgio. *O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha*. Trad. Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008). Embora não-dizível, essa falta cujo nome se desconhece não deve ser negada ou recalcada mas sim acolhida e transmitida numa postura que seria a marca de uma nova ética. A questão sobre o que se pode ter acesso pela narrativa refere-se à aporia do conhecimento histórico, ou seja, à não coincidência entre fatos e verdade ou entre constatação e compreensão. Tal aporia é também a aporia de Auschwitz, conforme sustenta AGAMBEN que o explica e desenvolve através do estudo da lacuna (ou da dificuldade) que é própria ao testemunho. Talvez apenas invocando o extremo, o campo, desde o estudo da tentativa de narrar o que se deu em Auschwitz, seja possível chamar a devida atenção o problema do (in)dizível e do (re)constituível. (AGAMBEN, Giorgio. *O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha*. Trad. Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008. p. 28).

4 O DIREITO AO SILÊNCIO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

O direito ao silêncio é direto e garantia fundamental do homem. Encontra-se explicitamente positivado no inciso LXIII do art. 5.º da CR, o qual se situa no Capítulo dos *Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*, por sua vez inserido no Título II, *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*.

Entende-se que o direito ao silêncio é de titularidade do cidadão que, em consonância com o escopo do processo penal em um Estado Democrático de Direito (cujos contornos, hoje, são cada dia mais incertos, gerando negatividades irrecuperáveis à vida concreta de todo sujeito humano), lhe opõe a quaisquer autoridades estatais.

Trata-se, portanto, do que tradicionalmente se denomina de “um direito público subjetivo”, cuja adequada contemplação sustenta-se ser fundamental à justiça da decisão.

Com AZEVEDO³²⁷: “O direito ao silêncio é um direito público subjetivo, exercido em face do Estado e dentro do processo. Constitucionalmente assegurado (...), sempre coincidirá com o caráter ético-político do processo, que visa a um correto exercício da função jurisdicional, de modo a pacificar com justiça”.

Compreendido como direito humano fundamental, assegura-se o direito ao silêncio também em âmbito internacional.

Nesse passo, foi consignado pelo artigo 14, incisos II e III, g³²⁸ do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado em 16.12.66 pela Assembléia Geral da ONU (que entrou em vigor em 23 de março de 1976). Estabelece o dispositivo que toda pessoa acusada de um crime tem o direito a “não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”.

Igualmente procede o artigo 8.º, II, g da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (aprovado na Conferência de São José da Costa Rica)

³²⁷ *Ibidem*. p. 291-2.

³²⁸ Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 14, incisos II e III, g: “In the determination of any criminal charge against him, everyone shall be entitled to the following minimum guarantees, in full equality: not to be compelled to testify against himself, or to confess guilt”.

adotado para os Estados Americanos em 22.11.69 e vigente no Brasil desde 25.9.92³²⁹. O referido dispositivo resguarda o “direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1948, não mencionou explicitamente o princípio *nemo tenetur sine detegere*, embora tenha consignado a presunção de inocência e estabelecido a não-utilização da tortura.

Nesse contexto, o processo penal, da mesma forma que o direito ao silêncio, veicula um direito público e subjetivo, de titularidade do cidadão e oponível ao Estado, fazendo-se veículo da resposta jurisdicional. Não obstante, o processo penal democrático transcende tal atividade para atingir a função de instrumento ético, garantidor e legitimante da atividade jurisdicional.

Pari passu, o princípio do devido processo penal não se restringe a uma perspectiva formal mas, além de garantir o acesso à jurisdição, insiste na justiça do acerto dos casos penais³³⁰.

O Estado Democrático de Direito³³¹ trataria de garantir o processo democrático³³², cujo escopo consiste em privilegiar a dignidade humana, valor que incorporado pela Constituição da República.

Com AZEVEDO: “E a Constituição Federal, ao incorporar os essenciais valores humanos, muitos deles realizados dentro do processo,

³²⁹ MOURA; MORAES, *Idem*. p. 135.

³³⁰ AZEVEDO, *Idem*. p. 286.

³³¹ O pensamento social da comunidade democraticamente estruturada vê na pessoa, não no <<súbdito>> (no sentido do Estado-de-polícia, que desconhece a sua esfera própria de autonomia), não também o <<indivíduo>> autolegislator (fora do qual não existiria qualquer critério de valoração ética e cuja autonomia é por isso formal), mas a personalidade ética que cria e promove os valores comunitários e à qual há que assegurar as necessárias condições de livre realização. E daqui a exigência de uma estrutura processual penal que não aniquile a liberdade individual, como no Estado-de-polícia, ou a personalidade ética, como no Estado-de-massa, nem renuncie às condições indispensáveis para realizar uma função da comunidade, como no Estado Liberal-individualista.(FIGUEIREDO DIAS. *Idem*. p. 70).

³³² Com a verificação de que o pressuposto do processo penal democrático é a sistematização desde o sistema acusatório, as regras processuais relativas às investigação, aos pressupostos e às condições da ação, à competência, à produção e à refutabilidade das provas, ao procedimento, aos requisitos e aos elementos da sentença penal, aos critérios para a recorribilidade e à forma de execução constituem-se como barreiras de contenção ao transbordar punitivo. Exatamente pela tendência dos sistemas punitivos em se aproximar da estrutura inquisitória, efetivando sua forma mais pura e revelando seu desejo mais íntimo: a vontade de punição. (CARVALHO, Salo. *Anti-manual de criminologia*. p. 77).

informa e conforma o sistema processual, dando específico caráter aos institutos de natureza processual.”³³³

Fazem-se dramáticas, entretanto, essas construções relativas ao Estado Democrático de Direito, ao processo penal e aos direitos fundamentais, na medida em que suas bases convulsionam por conta de uma virada epistemológica³³⁴ que permite, por exemplo, intervenções econômicas que esvaziam a soberania estatal e se impõem aos cidadãos de forma difusa e totalitária, a qual se opor parece não raro inviável.

Sobreleva, pois, registrar a crise do Estado e dos direitos e garantias fundamentais em tempos de lógica neoliberal. Nesse sentido, MORAIS DA ROSA³³⁵, “o lugar e a função do Direito no modelo neoliberal modifica silenciosamente a maneira como o Estado e suas normas se apresentam simbolicamente, deslocando-se o centro gravitacional do Sistema (estrutura) estatal para o mercado, a nova fonte vazia iluminada do sentido anti-democrático.”

Conforme MIRANDA COUTINHO:

No neoliberalismo há um evidente *desprezo pelo direito*. (...) sempre foi princípio elementar, na modernidade, a impossibilidade de regresso ao *status quo ante*, quando a matéria em pauta fosse *conquistas constitucionais*. Até pouco tempo atrás, por sinal, ninguém arriscaria fazer um discurso de tal porte, sob pena de escárnio público, como sucedia com os conhecidos ditadores de plantão. Agora, não obstante, é o discurso da ribalta; e sequer se ruborizam. Estupefato, o mundo assiste aos neoliberais engolirem as chamadas *conquistas da humanidade*, nos países periféricos (veja-se o que se está fazendo com a Constituição do Brasil); e a colocar em discussão (...), pela via do acolhimento de uma postura autoritária (...), nos países centrais.³³⁶

³³³ *Ibidem*.

³³⁴ Na ordem de HAYEK, abandona-se o parâmetro da relação causa-efeito em favor do parâmetro da “eficiência”. (MORAIS DA ROSA, Alexandre; AROSO LINHARES, José Manuel. *Diálogos com a law and economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 136/137). Nesse tema, imprescindível conferir, por todos, MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal. In: MARQUES NETO, Agostinho Ramalho et all. *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEJ, 1996, p. 39/77.

³³⁵ MORAIS DA ROSA, Alexandre; AROSO LINHARES, José Manuel. *Idem*. p. 9. No mesmo sentido:

³³⁶ MORANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal. In: MARQUES NETO, Agostinho Ramalho et all. *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEJ, 1996, p. 69.

Nesse contexto, “A maneira como a sociedade atual molda seus membros é ditada primeiro e acima de tudo pelo dever de desempenhar o papel de consumidor.”³³⁷

Esses novos parâmetros atingem também os organismos internacionais, os quais também se mostram impotentes. Impera o comando do eficientismo e da “flexibilização” (não apenas mão-de-obra, mas também direitos e garantias fundamentais). Nesse sentido, com BAUMAN:

Os governos não podem seriamente prometer nada exceto ‘flexibilidade de mão-de-obra’ (...); é quase universalmente considerada uma conclusão definitiva que eles devem conceder liberdade a “forças de mercado” notoriamente erráticas e imprevisíveis, as quais, tendo conquistado a extraterritorialidade, estão muito além do alcance de qualquer coisa que os impotentes governos “locais” podem fazer.³³⁸

Nada obstante, “Se a biografia das práticas penais, apesar de sua sinuosidade, tem demonstrado que a regra do poder penal é o inquisitorialismo, imprescindível otimizar técnicas de blindagem dos direitos fundamentais como forma de densificar práticas garantistas. (...) Pressupor a tendência constante das agências de punitividade em violar os direitos fundamentais talvez seja a única forma de criar uma blindagem prático-teórica contra as violações mesmas.”³³⁹ E, nesse passo, impende fazer frente ao discurso jurídico uno através da construção de um sentido outro a cada caso, adotando-se parâmetros constitucionais que, adotado o viés da Filosofia da Libertação, afirmem e promovam a vida concreta da pessoa humana.

4.1 UM CONCEITO DO QUAL SE PROPÕE PARTIR

Intuitivamente conceituar-se-ia o direito ao silêncio tão-só como o dever do Estado de, em tempo, advertir o cidadão da legítima possibilidade de se calar perante abordagens por parte de seus agentes, sendo o exercício de tal direito oportunizado efetivamente ao cidadão.

³³⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*, p. 90.

³³⁸ BAUMAN. *Idem*. p. 126.

³³⁹ CARVALHO, Salo. *Anti-manual de criminologia*. p. 75/77.

Ocorre que o direito ao silêncio pode ser vislumbrado de modo mais perspicaz e materialmente satisfatório. Entende-se por direito ao silêncio a prerrogativa, garantida constitucionalmente ao cidadão, de – em nome do princípio da presunção de inocência – *abster-se* de se manifestar tanto antes quanto depois de *saber* – em nome do princípio do contraditório – o que lhe criminalmente imputam ou sobre o que o inquirem e de – em nome dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa – ser tecnicamente *esclarecido e orientado* por advogado, para que – em nome do princípio da dignidade da pessoa humana – possa *atuar* efetivamente como parte no processo, sendo intrínseco ao direito de se abster que o silêncio – sob pena de se esvaziar por completo – não implique em prejuízo.

Em atenção ao sentido processual do princípio do devido processo legal, *antevê* o Código de Processo Penal uma série de normas relativas ao trâmite processual penal, dentre elas a do artigo 186³⁴⁰. Pela axiologia constitucional, impende interpretá-las em privilégio da pessoa, garantindo-lhe participação ativa que oportunize efetiva defesa e a consentânea produção probatória. Veja-se a seguir a relação do direito ao silêncio com a defesa do acusado e a produção probatória.

4.2 O SILÊNCIO ENQUANTO DEFESA

4.2.1 As Modalidades de Defesa

A doutrina vislumbra duas modalidades de defesa: a defesa técnica e a autodefesa. A primeira consiste na estratégia articulada pelo advogado, que é conhecedor do ordenamento jurídico como um todo. A segunda, operada pelo próprio réu, comporta todo tipo de conduta que traduza, em resumo, a

³⁴⁰ É o dispositivo que cuida do direito ao silêncio em âmbito infraconstitucional: "Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa."

inexigibilidade de produção de provas contra si e, portanto, o direito de não responder às perguntas que lhe forem formuladas.

Com MOURA; MORAES³⁴¹: “Certo é que, quando o acusado silencia a respeito dos fatos, ou se nega a produzir provas em seu desfavor, está na realidade exercendo sua autodefesa, assegurada constitucionalmente (razão pela qual o exercício desse direito não pode ser interpretado em seu desfavor).”

No que concerne à autodefesa, o exercício do direito ao silêncio – seja decorrente de orientação do advogado, de uma posição instintiva do próprio interrogado ou até de uma sua eventual impossibilidade física ou psíquica – há que ser valorado como autêntica invocação do princípio da presunção da inocência, jamais como indolência, passividade ou confissão.

Uma determinada leitura da construção segundo a qual o *interrogado opta por não apresentar a sua versão* ao utilizar o direito de calar entende essa postura em oposição àquela assumida pelo que erroneamente entende ser a de um “verdadeiro inocente” – que com barulho reagiria às falsas imputações – está atribuindo ao silêncio em concreto um valor pejorativo, qual seja, um valor como o de uma confissão.

A efetividade da defesa técnica, por sua vez, exige que seja prévia às interpelações que se dirigem ao acusado, pois não raro lhe invocam algum tipo de manifestação sem lhe esclarecer do direito de silenciar. Depende, inicialmente, de o agente estatal advertir o cidadão de que é seu direito permanecer em silêncio, que este não lhe prejudicará, sendo imprescindível que adote postura congruente à retórica. Na sequência, impende que advirta sobre o direito de ser tecnicamente instruído por um advogado, garantindo-lhes contato amplo, reservado e prévio.

Todos esses fatores (a- direito a ser advertido do direito ao silêncio; b- direito de ser advertido de que do silêncio não pode advir prejuízo; c- direito de ser orientado por advogado; d- direito de ser orientado por advogado antes de

³⁴¹ *Idem.* p. 140. No mesmo sentido, BARROS: “toda a participação pessoal do acusado, inclusive o interrogatório, assume a característica de defesa (autodefesa)”. (*Idem.* p. 132).

ser interrogado; e- direito de o seu advogado acompanhar e intervir durante o interrogatório) precisam ser concomitantes e tempestivos para se falar em direitos autênticos à defesa e ao silêncio.

A inobservância de quaisquer desses direitos deve gerar a nulidade da fase postulatória do processo porque, ao respeitar apenas formalmente o devido processo legal e a presunção de inocência, ocasiona o prejuízo que se pretendeu ressaltar. O desrespeito a esses princípios parece bastante para configurar um prejuízo ao sistema jurídico como um todo e, por conseguinte, ao caso concreto em apreço.

É muito comum, ao sentenciar, invocar-se a proteção do direito ao silêncio por ter, por exemplo, advertido de que dele não decorre prejuízo, quando, a rigor, o direito está sendo tolhido, por permitir que venha desacompanhado dos demais elementos. Noutras palavras, não raro se fundamenta a ausência de prejuízo – e a (in)consequente não anulação da fase postulatória – justamente pelo fato de o réu ter verbalizado uma versão dos fatos, ou respondido interrogatório, sendo que não foi advertido do direito de não produzir ou colaborar na produção de provas contra si, em acovardado desrespeito do direito ao silêncio.

4.2.2 A Titularidade do Direito

A Constituição da República refere-se ao direito do preso permanecer em silêncio. É pacífica, porém, a interpretação amplificada.³⁴² A rigor, a

³⁴² Nesse sentido, veja-se: “A garantia não é exclusiva da pessoa presa, como poderia ensejar uma interpretação meramente literal do dispositivo. Em se tratando de uma regra processual penal ela admite a *interpretação extensiva* como expressamente declara o art. 3.º do respectivo estatuto. E outra não tem sido a compreensão dos doutrinadores e da magistratura.” (DOTTI, René Ariel. Garantia do direito ao silêncio e a dispensa do interrogatório. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 775, p. 426, mai. 2000). No mesmo sentido: “...negar tal direito ao acusado que se encontra livre é ilógico, antijurídico e contrário ao nosso ordenamento jurídico (...) é uma liberdade pública garantida constitucionalmente a todos os imputados, presos ou não.” (MOURA; MORAES. *Idem*. p. 136, 146). “...enquanto emanção normativa da dignidade humana e do livre desenvolvimento da personalidade, o princípio *nemo tenetur* não comporta descontinuidades, sequer graduações, em função das sucessivas fases do processo ou da intervenção das diferentes instâncias formais” (ANDRADE, *Idem*. p. 131). Mais: sabida a restrição costumeira de parte do Poder Judiciário,

titularidade do direito ao silêncio pertence a todo o cidadão que possa se auto-incriminar por meio de declarações prestadas perante autoridade. Além do acusado ou indiciado em processo penal, cabe ao averiguado ou suspeito contra o qual ainda não existem indícios convergentes de autoria de infração penal e, ainda, à testemunha quando as respostas às perguntas que a ela forem feitas conduzam à sua auto-incriminação³⁴³.

4.2.3 O Silêncio no Interrogatório

O Código de Processo Penal, por sua vez, trata do direito ao silêncio por ocasião do interrogatório do acusado (artigo 186). Perceba-se que, a par de o artigo 186 tratar do interrogatório judicial (quando do comparecimento espontâneo do réu ou graças à sua prisão, seja em que fase do processo for), o direito ao silêncio pode ser invocado (e para tanto o cidadão deve ser sempre advertido) em arguições formais ou informais por parte de autoridades estatais. Assim, vale explicitar seu cabimento quando se tratar de: Inquérito Policial (art. 6º CPP), após a prisão em flagrante (CPP, art. 304), quando da instrução criminal, recebida a denúncia ou a queixa (art. 399, parágrafo primeiro e art. 400); quando do julgamento pelo Tribunal do Júri (CPP, art. 411); em nível recursal, quando do julgamento de apelação pelo Tribunal (CPP, art. 616); sempre que o juiz entender necessária sua repetição (CPP, art. 196); quando da execução penal; perante exames criminológicos; em processo penal militar; em processo administrativo; em processo tributário-fiscal³⁴⁴.

SUANNES tem por temerária esta redação do constituinte, mesmo em se tratando de dispositivos cuja redação mostra-se evidentemente infeliz. (*Idem.* p. 263). LOPES JR reforça: “ao tutelar o estado mais grave (preso) obviamente abrange e é aplicável ao sujeito passivo em liberdade.” (LOPES JR, *Idem.* p. 619)

³⁴³ QUEIJO. *Idem.* p. 197/198.

³⁴⁴ PEREIRA. *Idem.* p. 147, 180.

4.2.3.1 A Natureza Jurídica do Interrogatório

A topografia do direito ao silêncio no Código de Processo Penal – situa-se no capítulo III, *Do Interrogatório do Acusado*, do Título VII, *Da Prova* – remete à polêmica doutrinária acerca da *natureza jurídica*³⁴⁵ do interrogatório. Em debate: tratar-se-ia o interrogatório de meio de prova, de instrumento de defesa ou de instituto híbrido? Recorra-se à luz constitucional, em direito processual penal deveras ainda, para muitos, tão franzina.

Segundo DOTTI:

Além de caracterizar um meio de defesa, o interrogatório é também um meio de prova. A propósito, já sustentei: “É elementar que constituindo o interrogatório do acusado um dos capítulos submetidos ao Título que regula, justamente, a produção da prova, nenhuma razão existe para desconsiderar esse importantíssimo ato como integrante do conjunto de elementos de fato para constituir a decisão”.³⁴⁶

FIGUEIREDO DIAS³⁴⁷, ao cuidar da natureza jurídica dos três tipos de interrogatórios admitidos pelo direito português, enquadra-lhes todos “como estatuto próprio de um sujeito processual *sempre* armado com o seu ‘direito de

³⁴⁵ Desde o paradigma da filosofia da linguagem (conforme trabalhado e adotado no Capítulo 3, *supra*), não faz sentido investigar a natureza jurídica do interrogatório judicial nem de quaisquer “institutos” jurídicos (na medida em que tal postura corresponderia à busca pela “essência das coisas”). Não obstante, aborda-se aqui o tema não no sentido de “extrair das coisas o seu sentido” mas sim por conta do que implicam as discussões e tomadas de posições que são tradicionalmente pensadas sob essa rubrica. A rigor, não se trata de determinar o conceito e a essência do interrogatório judicial mas de perceber os sentidos que se atribuem ao interrogatório sob a justificativa retórica de uma fundamentação ontológica e verdadeira do que se toma por “objeto de estudo”. Vale conferir DELEUZE, Gilles; GUATTARI. *O que é a filosofia?* Rio de Janeiro: Editora 34, 2007, p. 268-269: “Parece difícil (...) tratar a filosofia, a arte e mesmo a ciência [aqui, ciência jurídica e seus institutos] como “objetos mentais” (...). Se os objetos mentais da filosofia, da arte e da ciência (isto é, as idéias vitais) tivessem um lugar, seria no mais profundo das fendas sinápticas, nos hiatos, nos intervalos e nos entre-tempos de um cérebro inobjetivável, onde penetrar, para procurá-los, seria criar. (...) Significa dizer que o pensamento, mesmo sob a forma que toma ativamente na ciência, não depende de um cérebro feito de conexões e de integrações orgânicas: segundo a fenomenologia, dependeria de relações do homem com o mundo – com as quais o cérebro concorda necessariamente porque delas deriva, como as excitações derivam do mundo e das reações do homem, inclusive em suas incertezas e suas falências. (...) mas esta reação da fenomenologia, que ultrapassa o cérebro na direção de um Ser no mundo, através de uma dupla crítica do mecanicismo e do dinamismo, não nos faz sair ainda absolutamente da esfera das opiniões, conduz-nos somente a uma Urdoxa, afirmada como opinião originária ou sentido dos sentidos.”

³⁴⁶ DOTTI. *Idem*. p. 427.

³⁴⁷ FIGUEIREDO DIAS. *Idem*. p. 442.

defesa', mas que pode também sempre, embora só dentro de um *âmbito rigorosamente delimitado por lei*, servir de 'meio de prova' e ser 'objeto de medidas coativas'".

O entendimento que enquadra o interrogatório como meio de prova, tomava por justificativa fulcral o fato de ser classificado dentre os atos privativos do juízo. Por conseguinte, não se admitiam interferências da defesa nem da acusação, do que se acreditava decorrer a isenção do procedimento³⁴⁸. Vale ressaltar que o entendimento do interrogatório como meio de prova tem suas raízes no modelo de essência inquisitória, no qual o acusado é objeto de prova e, assim, pode ser constrangido, pelas mais diversas formas, a manifestar seus conhecimentos sobre os fatos, sendo inviável ao acusado deixar de responder às indagações que lhe forem formuladas: será obrigado a responder e, pois, não terá direito ao silêncio³⁴⁹.

Para a doutrina que entende a natureza do interrogatório como meio de defesa, tem-se em destaque a faculdade do acusado de responder às questões formuladas e, portanto, pode exercer o direito de silenciar. Na medida em que se vincula ao direito de audiência e de autodefesa, o interrogatório vai compreendido como o instrumento através do qual o acusado pode expor sua versão dos fatos desde que, antes, tenha sido esclarecido sobre seus direitos e sobre a ausência de dever de fornecer elementos de prova em seu prejuízo. Em optando por calar, a única consequência admissível é a sua opção por não apresentar uma versão dos fatos, ou seja, não apresentar, desde logo, elementos em favor da sua defesa; portanto, do silêncio não podem advir consequências como a inferência de uma confissão ficta nem mesmo de um indício de culpabilidade.³⁵⁰

Vale ainda consignar que o interrogatório, nessa esteira, poderá se apresentar como *fonte* de prova: quando interrogado, em optando por verbalizar sua versão dos fatos, é possível que revele elementos probatórios

³⁴⁸ Vale ter em mente a redação original do artigo 187 do CPP: "O defensor do acusado não poderá intervir ou influir, de qualquer modo, nas perguntas e nas respostas."

³⁴⁹ QUEIJO, *Idem*. p. 85.

³⁵⁰ QUEIJO, *Idem*. p. 85/6.

prejudiciais à sua defesa. Nesse sentido, segundo QUEIJO³⁵¹, o magistrado pode averiguar a verdade dos fatos através do interrogatório, embora lhe seja vedado exercer constrangimento sobre a liberdade moral e autodeterminação do interrogando.

PACELLI DE OLIVEIRA³⁵², depois de recordar que inicialmente o interrogatório era concebido como meio de prova e o acusado mais um objeto de prova, entende o interrogatório como mais uma oportunidade de defesa que se abre ao acusado pela possibilidade de apresentar sua versão dos fatos sem ver constrangido ou obrigado a fazê-lo. O fato de o interrogatório continuar a ser uma espécie de prova não é visto pelo autor como um problema quando se tem o interrogatório inserido no princípio da ampla defesa. Assim, o interrogatório segue ostentando *valor probatório*, embora tenha natureza de meio de defesa, não de meio de prova.

Conforme QUEIJO³⁵³, a natureza jurídica do interrogatório em determinado ordenamento jurídico se depreende não apenas da sua inserção (ou não) como meio de prova mas, sobretudo, na possibilidade (ou não) conferida ao acusado de não produzir provas contra si. Portanto, em última instância, vê-se novamente que o reconhecimento ou não do *nemo tenetur se detegere* por um determinado ordenamento revela em seu bojo a opção entre uma concepção democrática ou autoritária do processo penal.

Paulatinamente, em âmbito nacional se corporificou uma doutrina que propugnava pelo reconhecimento do interrogatório como instituto de natureza híbrida³⁵⁴. LOPES JR³⁵⁵ entende estéril um maior aprofundamento acerca da natureza jurídica do interrogatório na medida em que não são excludentes mas sim inevitavelmente coexistentes as alternativas “meio de defesa” e “meio de prova”; embora potencialize o caráter de defesa, não nega que o interrogatório acabe também servindo como meio de prova, em especial por conta da

³⁵¹ QUEIJO, *Idem.* p. 86/7.

³⁵² PACELLI DE OLIVEIRA, *Idem.* p. 366.

³⁵³ QUEIJO, *Idem.* p. 88/9.

³⁵⁴ QUEIJO, *Idem.* p. 87.

³⁵⁵ LOPES JR, *Idem.* p.619.

complexidade do conjunto de fatores psicológicos que compõem a decisão do magistrado.

O entendimento de que o interrogatório tem natureza híbrida foi de certa forma reforçado em 2003, pela Lei n.º 10.792, pela qual se teve a seguinte redação do artigo 188: “Art. 188. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.” Ora, nesse passo, já não se pode definitivamente entender o interrogatório como privativo do juízo. Pode-se aqui enxergar uma conquista.³⁵⁶

4.2.3.2 A Defesa Técnica no Interrogatório

Vitoriosa, *em parte*, a sustentação doutrinária da natureza híbrida do interrogatório, desde dezembro de 2003 faz-se legalmente possível, também em plano infraconstitucional, a *complementação* do interrogatório por parte da defesa e da acusação³⁵⁷. Examine-se a atual redação³⁵⁸ do Código de Processo Penal: “Art. 188. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.” Suprimiu-se o artigo 187 tal qual dispunha e remanejou-se o artigo 185³⁵⁹, de modo a obrigar a

³⁵⁶ Nada obstante, vale assinalar finalmente a posição crítica de SUANNES, ao defender a facultatividade do interrogatório judicial: tal qual a produção de toda prova, assevera ser ingenuidade considerá-lo prova da defesa em razão (a) de realizar-se antes da prova da acusação, a macular o princípio do contraditório e (b) de os juízes no íntimo sempre visarem a extração da confissão ao invés de francamente se disporem a acreditar no acusado. (*Idem*. p.137 et seq.) DOTTI recomenda que, comprovada a citação pessoal do réu, pode-se requerer a dispensa do interrogatório (antes ou no próprio dia) e a continuidade do processo, abrindo-se o prazo para consignação de alegações preliminares. A consequência prevista pelo art. 260 do CPP – da condução do réu que não atende à intimação para o interrogatório – não se aplica. Há apenas um único ônus processual desencadeado pela revelia (art. 367 do CPP): cessa a obrigação de a administração intimar e de notificar o réu dos atos do processo, os quais se realizarão regularmente. Não obstante, tomando conhecimento de que se realizarão, não se concebe que o impeçam participar. (*Idem*. p. 430-431).

³⁵⁷ Mesmo depois da inauguração da nova ordem constitucional continuava-se a proceder tal qual o artigo 187 original do CPP, o qual, em contrário à CR de 1988, dispunha: “O defensor do acusado não poderá intervir ou influir, de qualquer modo, nas perguntas e nas respostas.”

³⁵⁸ Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003.

³⁵⁹ Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.

presença do defensor durante o interrogatório, resguardada a imprescindível entrevista prévia.

Resta saber em que medida a revogação do dispositivo (artigo 187 do CPP) – que proibia ao advogado quaisquer interveniências nas perguntas e respostas – e a mencionada complementação admitida pela atual redação do artigo 188 são suficientes para garantir a ampla defesa.

Por um lado, a possibilidade de o advogado (bem como a acusação) intervir no interrogatório com perguntas ao acusado se mostra favorável ao caráter democrático do processo. Entretanto, em um país como o Brasil, onde a Defensoria Pública não é estruturada tal qual o Ministério Público ou a Magistratura e no qual se difunde a ideia de que o advogado do réu pobre é o juiz³⁶⁰, o entendimento equivocado de que o magistrado sabe o que é melhor para o acusado parece piorar a situação e reforçar as dúvidas sobre a efetividade da ampla defesa.

A função do advogado é interesse de toda a sociedade, nem mais nem menos relevante do que a da acusação ou a jurisdicional, não podendo ser substituído pelo magistrado. Consigne-se o dispositivo constitucional: “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

O objetivo precípua de ter o advogado presente e ativo nesse instante consiste em proporcionar a garantia do acompanhamento de profissional capaz, em resumo, de: (a) zelar pela lisura do procedimento; (b) alertar o magistrado, em se mantendo ele inerte, sobre o dever de proporcionar ao arguido a prerrogativa de se manter calado e (c) protestar, sem temor, se necessário for, quando infringidos os direitos do cidadão³⁶¹.

(Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003); § 5º Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009).”

³⁶⁰ *Idem.* p. 185.

³⁶¹ PEREIRA, *Idem.* p. 151-3 e FIGUEIREDO DIAS, *Idem.* p. 496. Com BARROS: “quantos réus inocentes não acabam por ser prejudicados, pois, mal conduzidos em sua oitiva, acabam

Ilustre-se a problemática:

desde o início do julgamento, como era de se esperar, o réu se encontrava em clara situação de inferioridade, pois sequer conhecia a forma como se comporia o Júri, com a possibilidade de rejeição de um, alguns ou todos dos nomes propostos pelo juiz. Aceitou-os todos, passivamente. Também não tinha qualificação profissional para apresentar objeções a perguntas da Promotoria. Quando esta objetava as perguntas feitas pelo réu, pessoalmente, não tinha ele a malícia de um profissional, para refazer as mesmas perguntas de maneira aceitável pela acusação.³⁶²

Trata-se do *Case Gideon* (1961), relatado por SUANNES³⁶³: perguntado, o réu responde ao juiz que não está pronto para ser julgado porque não dispõe de advogado. Pede ao magistrado que nomeie um defensor dativo. O juiz responde negativamente com base nas leis da Florida, segundo as quais apenas quando sujeito à pena capital seria relevante assistência técnica obrigatória. Condenado, peticionou da prisão à Suprema Corte norte-americana que, em 18.03.63, reforma a decisão e afirma que a assistência de advogado está garantida pela 6ª Emenda, sendo sua obrigatoriedade decorrente do *due process of law*, contemplado pela 14ª Emenda.

A norma pela qual se garante a presença do advogado quando do interrogatório³⁶⁴ é “sinal seguro do próprio interesse público na efetividade e consistência do direito de defesa do arguido e como a melhor pedra para se aquilatar do caráter civilizado e verdadeiramente humanista de um certo direito processual penal”³⁶⁵. Sobreleva considerá-lo em paralelo como o direito ao silêncio por ser considerável a quantidade de julgados que se recusam a

por deixar de oferecer valiosos elementos comprovadores, v.g., de um álibi verdadeiro?” (*Idem.* p. 138).

³⁶² SUANNES, *Idem.* p. 195.

³⁶³ *Ibidem.* p. 193 *et seq.*

³⁶⁴ Vale ter em mente ao menos os seguintes dispositivos do CPP: “Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor. Parágrafo único. A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003).” “Art. 263. Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação. Parágrafo único. O acusado, que não for pobre, será obrigado a pagar os honorários do defensor dativo, arbitrados pelo juiz.”

³⁶⁵ FIGUEIREDO DIAS, *Idem.* p. 497.

anular o interrogatório em que o arguido não foi advertido do direito ao silêncio por não enxergarem prejuízo algum, sendo que o interrogando foi submetido sozinho ao procedimento.

4.2.3.3 A Natureza Jurídica do Direito ao Silêncio

Conquanto se possa entender que a natureza do interrogatório é híbrida, a do direito ao silêncio, não restam dúvidas, é defensoria³⁶⁶. Não haveria, em princípio, prejuízo direto em articularizar o direito ao silêncio dentre as normas do interrogatório visto que, justamente com o interrogatório e a produção probatória, significa oportunidade durante a qual oportuniza-se a defesa.

É o que se percebe pelo conceito de interrogatório. MÉDICE³⁶⁷ define-o como “o ato no qual o interrogado ou acusado presta declarações à autoridade policial ou judicial a respeito da infração penal a ele atribuída e sobre as circunstâncias pertinentes ao fato.” Com MAIER³⁶⁸: “El derecho a ser oído alcanza su expresión real en la *audiência* del imputado ante el tribunal. [Dessa forma,] ...el imputado, al concederle el tribunal la palabra, se encuentre em condiciones óptimas para rechazar la imputación que se le dirige o, incluso admitiéndola, incorporar otras circunstancias que la neutralicen o aminoren, según la ley penal.” Para QUEIJO³⁶⁹, o interrogatório é meio de defesa e fonte de prova.

Dentre os deveres daquele que interroga – deveres os quais, ressalte-se, compõem o direito de defesa do arguido – FIGUEIREDO DIAS³⁷⁰ enumera os de: (a) expor os fatos imputados; (b) expor as provas que fundamentam a

³⁶⁶ O silêncio é um não-ser, um nada: “Ocorre que o silêncio não é um meio de prova, mas, ao contrário, é a resoluta improdução probatória e não permite que dele se infira nenhuma conclusão (já que seria, no mínimo insensato e incongruente interpretar o uso de um direito como meio de prova, e principalmente em desfavor do acusado). O que o juiz deve interpretar e analisar são as provas carreadas nos autos, não o silêncio do acusado.” (PEREIRA, *Idem*. p. 197).

³⁶⁷ MÉDICE, *Idem*. p. 303.

³⁶⁸ MAIER, *Idem*. p. 328.

³⁶⁹ QUEIJO, *Idem*. p. 94.

³⁷⁰ FIGUEIREDO DIAS, *Idem*. p. 446-7.

imputação e as suas fontes; (c) indicar os preceitos legais que tipificam a imputação; (d) advertir do direito ao silêncio.

O respeito, por parte do Estado (e da sociedade), ao direito de calar exige que seja encarado como meio de defesa do cidadão frente à possibilidade de abuso do poder por parte do poder público³⁷¹ (a par da opinião pública, inconsequentemente manipulável). É preciso partir do princípio de que o cidadão é realmente inocente. É preciso armar o pequenino (o um) de instrumentos eficazes que o possam proteger do gigante (do todo), que anseia por respostas³⁷². É preciso obrigar a acusação à produção de provas, em oposição à comodidade de induzir o magistrado a crer que deva extrair confissões para ser justo³⁷³. Nesta esteira, garante-se a defesa e, em seu bojo, o direito ao silêncio³⁷⁴.

4.2.3.4 A Disciplina do Interrogatório no Projeto de Lei 156/2009-PLS

Um novo Código de Processo Penal está em fase de aprovação no Senado. Esta é a hora de discutir o que vem por aí pois, disso que vem,

³⁷¹ As considerações de CARVALHO sobre a “tendência natural” do magistrado especificamente em abusar do local de poder de onde se expressa são aqui referência obrigatória. Cuidou do tema em 30.09.05 durante exposição no *IV Congresso de Direito Penal e Processual Penal do Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR*. Vale transcrever ainda outra manifestação do autor: “...nós (juízes e povo) acreditamos na idéia do mito juiz-divindade. Não nos ocorre sequer a possibilidade de não existir Deus (...) ou de que o poder de condenar ou absolver passa muito mais pelo que quer a autoridade policial; que as pessoas inclinam-se perante o juiz por receio e não por respeito (...); que as portas da prisão dependem mais da correlação de forças que ocorre no presídio ou da boa ou má vontade do carcereiro; que o fardo é pesado mas nem tanto como o daquele que passa fome!” (CARVALHO, Amilton Bueno de. Nós, juízes, inquisidores (ou da não presença do advogado no interrogatório). In: BONATO, Gilson (Org). *Direito penal e processual penal: uma visão garantista*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 5).

³⁷² LA BOÉTIE, Étienne de. *Discurso sobre a servidão voluntária*. São Paulo: RT, 2003.

³⁷³ “Presunção [de inocência] ou não [seria estado de inocência], o réu é inocente até que a sociedade prove o contrário. Em processo publico. Asseguradas todas as garantias necessárias à defesa.” (SUANNES, *Idem*. p. 186).

³⁷⁴ “Para que las manifestaciones del imputado representen la realización práctica del *derecho a ser oído*, como parte integrante del derecho a la defensa, la Constitución Nacional há prohibido toda forma de coerción que elimine la voluntad del imputado o restrinja la libertad de decidir acerca de lo que le conviene o quiere expresar. Esta es la verdadera ibucación sistemática de la regla que prevé que “Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo” y suprime para siempre “toda especie de tormento” (CN, 18), constituyendo al imputado, como órgano eventual de información i transmisión de conocimiento, en un *sujeto incoercible* del procedimiento.” (MAIER, *Idem*. p. 330).

ninguém escapa: as normas processuais penais (às quais o *cidadão comum* talvez não dispensasse atenção, na crença de que não lhe podem tocar ou de que não lhe dizem respeito), *atingem a todos*. Ora, pela isonomia constitucional, uma lei de tal porte é, ou deveria ser, para todos.

As normas processuais penais poderiam parecer apenas do interesse de “bandido” ou de uma sociedade cuja política criminal consistiria em trabalhar para penalizar e punir com rapidez e de forma estigmatizada (pela qual se acredita que aprisionar, ou seja, *mandar gente para a cadeia*, resolveria toda a sorte de problemas do mundo).

A rigor, o sistema de normas processuais penais são do mais elevado interesse de todo cidadão: tais dispositivos devem (ou deveriam) garantir a todos a efetividade de um processo (justo, devido, contraditório) *antes* de qualquer decisão de natureza penal, sendo que, ser processado em âmbito penal no Brasil de hoje não é *luxo de bandido* nem é *luxo de pobre*. Longe disso: a lógica pela qual se crê numa “resolução do problema da criminalidade” através da penalização de mais e mais condutas, dando-se vida a um efetivo direito penal maximizado, é a que prevalece.

A par o fato de que ser processado em âmbito penal é já, em si, uma pena, vale registrar: cadeia, como não se cansa de dizer Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, não é lugar para pobre ou para rico: cadeia é lugar para culpado, para aqueles que – garantida a ampla defesa e presunção de inocência, para além dos demais princípios decorrentes da matriz acusatória consignada na Constituição da República de 1988 –, a culpa fora (re)conhecida pelo órgão jurisdicional competente em sentença transitada em julgado.

Ora, o atual Código de Processo Penal deveria, por óbvio, ser interpretado de acordo com a principiologia da Constituição da República de 1988. Mas não é o que ocorre. Nem mesmo depois de uma série de leis, inclusive recentes, que alteraram a redação original de vários dispositivos do CPP, em vigor desde 1941 (cuja inspiração originária fora o *Codice Rocco*, italiano, de 1930). Não obstante tais alterações pontuais no CPP, o princípio

dispositivo que deve, segundo a CR, reger o sistema processual penal, segue inviabilizado, pois a estrutura processual penal permanece amarrada pelo princípio inquisitivo.

A Comissão de juristas³⁷⁵ responsável pelo Projeto 156/2009-PLS procurou cumprir a Constituição da República através da redação do que pode vir a ser o novo CPP. Para de fato inovar, o que se tentou foi mudar a matriz da sistemática processual penal brasileira em âmbito infraconstitucional, hoje marcada pelo princípio inquisitivo (o que se percebe ao analisar a quem compete a gestão da prova). Ora, o atual CPP, permite ao juiz que atue como gestor da prova (artigo 156) e, nessa medida, inviabiliza a equidistância que deveria manter em relação às partes e põe em evidência o ranço inquisitorial do processo.

O Projeto, por sua vez, confere às partes o ônus de fazer prova (artigo 162³⁷⁶), na linha do que poderia começar a alterar a matriz do sistema, embora permita ao juiz a iniciativa probatória *quando em favor do réu*. Para além dos outros todos, esse dispositivo precisa e merece ser debatido. Afinal, mesmo os membros da Comissão divergem sobre o acerto da redação que prevaleceu (não apenas sobre essa problemática). Não obstante, “em favor do réu”, vale sempre perguntar, na linha de Agostinho Ramalho Marques Neto, alhures: *e quem é que nos salva* – na qualidade de efetivos réus em potencial –, dessa tal *bondade dos bons*?

Portanto, se o atual CPP está em vias de ser substituído pelo Projeto de Lei 156/2009-PLS, não se pode deixar passar em branco a necessidade imperiosa de discutir *agora* esse possível futuro diploma. Foi o que se fez, em Curitiba e no Rio de Janeiro, no padrão de excelência acadêmico-profissional do que vem sendo construído em direito processual penal na Faculdade de

³⁷⁵ Compuseram a Comissão de juristas responsáveis pela elaboração do anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal: Hamilton Carvalhido (coordenador); Eugênio Pacelli de Oliveira (relator); Antonio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Júnior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral.

³⁷⁶ Artigo 162. “As provas serão propostas pelas partes. Parágrafo único. Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, esclarecer dúvida sobre a prova produzida, observado o disposto no artigo 4.”

Direito da UFPR, desde a posição de vanguarda do *Professor Titular Doutor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*.³⁷⁷

Partindo-se da exposição dos trabalhos de pesquisa científica de alunos e professores, esses eventos abertos e gratuitos chamaram os cidadãos à discussão de uma estrutura que não se muda ou melhora sem que a mentalidade dos que a operam (e da sociedade em geral) se dê conta do que lhes sobredetermina. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, por tantas vias, dentre as quais o estudo do que se passou na Itália em 1987, quando da reforma processual penal que alterou a matriz do sistema, tendo-se promulgado um novo CPP italiano em 24/10/1988, não nos deixa esquecer: com Franco Coppi, um novo CPP, mesmo constitucionalmente fundado e democraticamente construído, não passará de linguagem se a mentalidade permanecer a mesma.

De fato, em tese, desde a promulgação da Constituição da República de 1988³⁷⁸, todos os dispositivos do CPP que fossem contrários às

³⁷⁷ A rigor, o evento consistiu na reunião anual que traz a público o resultado do trabalho de pesquisas científicas propiciadas pela CAPES-PROCAD. O Programa Nacional de Cooperação Acadêmica (Procad), estruturado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), tem por objetivo estimular e apoiar projetos de pesquisa nos quais diferentes Instituições de Ensino Superior (IES) atuem em conjunto, desenvolvam e diferenciem sua produção acadêmica. Nesses termos, os Programas de Pós-graduação da Universidade Federal do Paraná (UFPR) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA) fizeram-se parceiros. Sob a coordenação, orientação e iniciativa dos Professores *Titular Doutor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho* (UFPR) e *Titular Doutor Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho* (UNESA), uma equipe de pesquisadores composta por professores, mestrands e doutorandos dessas IES debruçou-se sobre a temática “Constituição e o Projeto 156/2009-PLS de Reforma Global do Código de Processo Penal”. Os resultados dos trabalhos foram apresentados pelos próprios pesquisadores, em conferências não apenas direcionadas à comunidade acadêmico-profissional mas, na linha democrática pela qual se delineou a redação do Projeto, abertas a todos que desejem contribuir. Além dos membros da equipe de pesquisa, convidados especiais, prestigiaram os encontros com a explanação de estudos inéditos. Assim, tanto os membros da equipe de pesquisa quanto professores convidados tiveram por objetivo abordar o Projeto 156/2009-PLS a partir da Constituição da República (CR). Noutras palavras, as pesquisas – expostas na forma de conferências à comunidade em geral e em vias de serem publicadas na forma de livro – consistem em análises do Projeto de Lei 156/2009-PLS à luz da CR.

³⁷⁸ A Constituição de República promulgada em 5 de outubro de 1988 vai permeada pelo desejo de uma *ordem constitucional* nova, que fizesse frente aos horrores que se vivenciou durante o regime militar de 1964. A *dignidade da pessoa humana* é tratada como um dos fundamentos da República - Inciso III do Art. 1.º da CR: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (III) - a dignidade da pessoa humana” -, que foi estruturada como poder exercido por três órgãos *independentes* e

normas ali consignadas deveriam ser interpretados em conformidade com a Constituição, revogando-se os que a ela não se puderem adequar. Na prática, porém, a efetiva alteração não se mostra tão simples. Com esperança de ajudar nesse mister, foram várias as leis esparsas posteriores à CR³⁷⁹ que alteraram a redação originária do CPP. Tais leis, por melhor intencionadas que estivessem, também não deram conta do recado. Um dos principais problemas diz respeito ao caráter *parcial* disso que se chamou de *reformas*, na medida em que cada lei costuma tratar de um tema, mas não se faz a mudança necessária, ou seja, uma mudança desde o núcleo do sistema.

Portanto, embora vários dispositivos do CPP tenham sido de fato adequados formalmente à CR 88 através dessas reformas, a partir delas não se conseguiu fazer o necessário giro epistemológico, de modo tal que a matriz inquisitória do sistema processual penal continuava forte – embora devesse, com base na CR, ser acusatória. Assim, graças aos dispositivos que

harmônicos entre si - Art. 2º da CR: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”; as funções legislativa, executiva e jurisdicional são exclusividades estatais. Cabe ao ente estatal legislar – segundo o rito previamente estabelecido pela Constituição –, e julgar – de modo a definitivamente pacificar os conflitos sociais. Entre a *lei penal prévia*, que tipifica o delito, e a *pena*, que ao cidadão culpado se aplica – atividades que são exclusivas do ente estatal –, faz-se imprescindível o *processo*. Despontam as normas de direito processual penal tanto como *direitos e garantias* constitucionais do cidadão, quanto como *instrumentos* de aplicação da força estatal frente às normas de direito penal, despidas que são de aplicabilidade imediata. A República Federativa do Brasil detém o poder monopolizado de fazer uso da força física legítima. Em contrapartida, limita-se o poder que ao Estado se outorga, com vistas ao seu legítimo exercício: emergem uma série de princípios (relativos à jurisdição, à ação e ao processo), dentre os quais o do *devido processo penal*. Há que existir, entre a imputação de um crime a um cidadão e sua condenação – da qual pode emergir a imposição legítima de coerção física – um procedimento previamente regulado, que obrigue o poder público a provar a culpa do cidadão, que lhe oportunize efetiva defesa (através de manifestações que contraditem tudo o que a ele se e imputa) e que presuma sua inocência. Trata-se de, através da garantia do *processo democrático*, promover a *dignidade* da pessoa humana. Toda essa construção é colocada em cheque, entretanto, a partir da virada epistemológica pela qual a relação de causa e efeito é substituída pelo valor da eficiência advinda da economia.

³⁷⁹ Sob a égide da CR de 1988, uma primeira comissão foi presidida pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (em 1994, tendo iniciado os trabalhos em 1992). Em seguida, uma outra comissão foi presidida por Ada Pellegrine Grinover. Ambas engendraram propostas de reformas parciais, pontuais, específicas em relação a alguns dispositivos do CPP. A última apresentou estudos, nesse passo, que deram origem aos projetos de lei número 4203/01 (referente ao Tribunal do Júri, que se transformou na Lei 11.689/08), 4204/01 (referente ao interrogatório do acusado), 4205/01 (referente às provas, que se transformou na Lei 11.690/08), 4206 (referente a recursos), 4207/01 (referente à sentença e procedimentos, que se transformou na Lei 11.719/08), 4208/01 (referente à prisão, medidas cautelares e liberdade provisória) e 4209/01 (referente à investigação criminal).

permanecem intocados e ainda seguram alguma leitura “velha”, ou seja, *inconstitucional* do Código – ou mesmo com base em dispositivos novos, advindos das referidas reformas parciais, ou, ainda, por conta da pragmática do cotidiano que não raro toma conta –, fica evidente a continuidade da matriz notoriamente inquisitiva. E isso mesmo com a recente alteração do artigo que mais diretamente trata da gestão da prova³⁸⁰ – atualmente o artigo 156 do CPP –, como se tratará a seguir.

Assim, para mudar o núcleo do sistema entendeu-se fundamental uma reforma geral do Código, ou seja, a redação de todo um novo diploma legal capaz de colocar a realidade do processo penal nos eixos constitucionais.

Nesse passo e sabendo da importância da gestão da prova, vale conferir a redação do Projeto: Artigo 162. “As provas serão propostas pelas partes. Parágrafo único. Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, esclarecer dúvida sobre a prova produzida, observado o disposto no artigo quarto.” Artigo 4.º. “O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”

Para comparar, a redação original do CPP: “Artigo 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”

³⁸⁰ Sobre a análise da gestão da prova, vale retomar: admitindo-se que o órgão julgador determine de ofício a produção de provas – mesmo que em caráter subsidiário e sob a justificativa retórica de que visa *A Verdade* ou *O Bem* –, restará caracterizado um sistema processual penal *essencialmente* inquisitório; atribuindo-se exclusivamente às partes a prerrogativa de produzir as provas do processo, mantendo o magistrado ou o corpo responsável pela sentença em posição passiva, tratar-se-á de um sistema de *matriz* acusatória. Noutras palavras: cumulando-se na mesma figura as funções investigativa (colheita de provas) e decisória (julgamento), há que se preparar para lidar com um sistema inquisitório; separando-se aquelas atribuições de forma a haver uma figura imparcial, responsável por fiscalizar a produção de provas, garantida tanto à acusação quanto à defesa, de forma que uma possa a outra contradizer, pode-se estar transitando em um sistema acusatório.

Registra-se, ainda, a redação do dispositivo de acordo com a recente reforma:

Artigo 156. “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).”

Como se vê, apenas com o Projeto, se aprovado, haveria uma virada epistemológica na compreensão sistemática do processo penal. Não obstante, como referido, há espaço para que o juiz interfira, ainda que excepcionalmente e em favor da defesa, na gestão da prova. Como não se pode saber favorável a quem será a prova antes de produzi-la e, sobretudo, por conta do dever do magistrado de absolver quando não houver prova da culpa do réu – e não ir à cata de mais provas, já que deve presumi-lo inocente –, parece aqui haver um problema.

Ao longo dos tempos, usualmente, a justificativa para que se tenha esse tipo de poder conferido ao magistrado remete à pretensão de se obter *A Verdade* no processo penal. A justificativa – retórica – seria a seguinte: com o objetivo de garantir a Verdade, ou o Bem de todos, ou o Bem do acusado ou, ainda nesta esteira, o que se entenderia como uma efetiva defesa do acusado (o que se argumenta erroneamente em especial quando, hoje, não há Defensoria Pública para todos), seria admissível e até necessário – nessa acepção equivocada e inconstitucional – colocar o juiz em um lugar do qual possa atuar em momentos que deveriam ser reservados às partes ao invés de ficar inerte e decidir de acordo com o que já existe nos autos. Ou seja, em nome da Verdade ou pelo Bem de todos ou pela defesa do acusado, passando-se por cima da Constituição da República, confere-se poderes de parte ao juiz.

Como se sabe, a figura típica do inquisidor – que em sua atividade solitária saía à cassa de provas, agia em segredo e com total liberdade, liberdade também, diga-se de passagem, para cunhar o que Franco CORDERO³⁸¹ chama de *primado das hipóteses sobre os fatos* (como se verá, *infra*), numa mecânica em que primeiro se decide, depois se ajeitam fundamentos favoráveis à decisão –, concentrava em si as funções de inquirir e julgar, inexistindo espaço para a defesa do réu que, não raro, sequer sabia do que era acusado e era tomado como objeto da investigação.

Ora, na qualidade de *objeto* de prova e da investigação promovida pelo inquisidor em nome da Verdade e pelo Bem de todos, era admissível *interrogar* o acusado e submetê-lo à *tortura* com o objetivo de se obter a *confissão*, que era entendida como a prova mais valiosa, a rainha das provas³⁸². Nesse momento histórico³⁸³, crime e pecado haviam sido colocados em pé de igualdade, de modo que, através da confissão, era possível expiar a culpa e acertar as contas perante a justiça dos homens e a justiça de deus.

Vale aqui ter em mente, por outro lado, que na Inglaterra – tenha-se como marco Henrique II (1154-1189) –, onde o sistema acusatório original fora cunhado, o acusado, no início, sequer era interrogado: não lhe eram feitas perguntas para saber dos fatos na medida em que o júri que o avaliava o conhecia no cotidiano e sabia dos acontecimentos relevantes naquele círculo social a ponto de atestá-los (os jurados deviam julgar conforme o que sabiam, não estavam limitados ao que lhes era dito ou, dir-se-ia hoje, ao que era levado aos autos pelas partes). Por isso se diz que o *júri era a prova*. Tempos depois, quando não mais se podia saber quem era cada pessoa e atestar tudo o que acontecia de acordo com o conhecimento que acumulava durante a vida, coube às partes reconstituir os fatos, ou seja, fazer a prova perante o júri.

³⁸¹ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: Utet, 1986, p. 51.

³⁸² QUEIJO, *Idem*. p.90.

³⁸³ Tenha-se em mente o IV Concílio de Latrão, datado de 1215, que, como visto, para controlar a gestão da prova com mais facilidade, aboliu os Juízos de Deus do processo penal canônico ao proibir a participação, ou sequer a prestigiosa presença dos clérigos, como testemunhas. Era o momento de institucionalizar a *investigação*, que tinha como principal meio de prova os depoimentos, os relatos orais (tanto dos acusados, quanto de testemunhas).

O mais relevante para este estudo é colocar em destaque o fato de o acusado não ser submetido sequer a interrogatórios no sistema inglês original. Tratado como sujeito (não como objeto de verificação ou meio de prova), a regra era a liberdade do acusado para que pudesse de fato agir como parte e levar ao júri provas que lhe favorecessem. Provas que lhe pudessem prejudicar não eram dele exigidas.

Conforme estudado, mais tarde, em especial desde as construções que se fizeram nessa matéria nos Estados Unidos da América – sistema processual penal cuja matriz é acusatória –, fica patente que, além de o acusado não ser obrigado a prestar qualquer declaração ou responder indagações (a não ser que, por entender conveniente à sua defesa, assim escolha), é dever da autoridade que o aborda deixar claro seu direito de ser assistido por advogado antes e durante cada abordagem, devendo (com ajuda técnica) decidir se exerce ou não seu direito ao silêncio.

Importa ressaltar que a escolha de exercer seu direito ao silêncio não lhe prejudica: o fato de optar por não prestar declarações e permanecer em silêncio não tem em si o valor de confissão. Pelo contrário: o silêncio do arguido funciona como um reforço do dever da acusação de provar sua culpa e, em não se fazendo, do dever do magistrado de absolvê-lo sem ir à cata de novas provas.

Por esse breve resgate é possível perceber como a questão da gestão da prova está ligada ao modo como se regulamenta questões como: a (im)possibilidade de participação do acusado no processo (na qualidade de *sujeito* processual, dando-lhe condições efetivas de defesa, ou, do contrário, tratando-lhe como *objeto*); o modo como se trata o interrogatório do arguido; o modo como se trata a confissão (que já foi considerada a prova capital no processo penal, a ponto de se utilizar a tortura, que não raro era regulamentada, para obtê-la); a (in)existência do direito ao silêncio; os termos em que o direito ao silêncio é previsto; a (in)admissibilidade de tortura; a necessidade ou não de se fundamentar a decisão e o modo como esses fundamentos são tratados, etc. Entre outras tantas temáticas, todas essas

podem ser abordadas a partir do tratamento que um dado sistema confere ao *princípio do privilégio contra a auto-incriminação* – e ao silêncio do acusado, principal forma de expressão do princípio –, cujo exame acaba por perpassá-las.

Ora, a doutrina costuma trabalhar, ao lado da gestão da prova, a aferição da admissibilidade ou da inadmissibilidade do princípio da não auto-incriminação e do respeito ao silêncio como direito do acusado por um determinado ordenamento jurídico como pedra de toque para a aferição da matriz do sistema processual penal.

Significa que, quando um determinado sistema processual penal prevê o respeito ao privilégio contra a auto-incriminação, é bastante provável que se trate de uma matriz acusatória e, do contrário, uma matriz inquisitorial. A admissão ou a prática da tortura (como meio de prova que obriga à confissão), denuncia, por excelência, a matriz inquisitória de um sistema. De outra parte, a exigência de que a acusação aponte, por si, provas da autoria do delito, partindo-se do princípio de que todos são inocentes, entendendo ser inexigível do acusado que se auto-incrimine, indica estar a transitar em lógica dispositiva.

Importa novamente ressaltar que a previsão da admissibilidade do princípio da não auto-incriminação não precisa vir explícita em dispositivos constitucionais ou infraconstitucionais, já que pode ser inferida de outras normas.

Entre as normas a partir das quais se pode averiguar o respeito ao princípio da não auto-incriminação destacam-se as que se referem ao interrogatório do arguido (a sua liberdade de declarar) e as que regulam (ou deixam de regular) seu direito ao silêncio.

Embora se trate de um direito pouco estudado e entendido, a construção histórico-política do direito ao silêncio no cenário europeu ocidental coloca em evidência o fato de ter por fundamento valores caríssimos à humanidade e à nossa sociedade. Ora, quando ao acusado se permite que permaneça inerte, sabido que é dever da acusação fazer a prova da autoria e

culpa do cidadão, tem-se que é dever do juiz absolvê-lo se não houver prova pois, para além desse ônus probatório, o princípio de presunção da inocência deve valer em sistemas de matriz acusatória. Assim, ao exercer o direito ao silêncio, o cidadão não pode ser prejudicado: trata-se de uma forma de invocar, sobretudo, o princípio da presunção da inocência, a par, dentre tantos outros, dos princípios da dignidade da pessoa humana e do devido processo penal.

Dessa forma, uma análise comparativa entre o Código de Processo Penal em sua redação original, o CPP nas redações advindas com as chamadas reformas parciais do CPP e, agora em especial, o Projeto 156/09-PLS, tem como ponto de partida e parâmetro a forma como tratam (i) o direito ao silêncio, (ii) o interrogatório do arguido e (iii) o arguido em si (enquanto pessoa e sujeito processual). Por conseguinte, estará em questão a matriz processual penal em que se transita e, pois, o modo como se gere a prova.

Nesse contexto, um sério problema decorrente da atual redação do CPP parece ser sanado, em princípio, pelo Projeto. Trata-se da articulação dos dispositivos que tratam da questão da produção de prova e da defesa do acusado. Noutras palavras, trata-se da forma como o interrogatório do acusado tem sido valorada (a partir do Código de Processo Penal) e como deveria ser (a partir da Constituição da República).

Hoje, no CPP há, no *Livro I* (Do processo em geral), no Título III (Da prova), os capítulos III e IV que tratam, respectivamente, do interrogatório do acusado (artigo 185 a 196, que abordam, entre outras temáticas, a obrigatoriedade da presença do defensor, a obrigatoriedade de saber do inteiro teor da acusação, o direito de se entrevistar previa e reservadamente com advogado, o direito de permanecer em silêncio, o fato de o silêncio não o prejudicar, as peculiaridades do interrogatório em decorrência da confissão, em decorrência de estar preso, ser surdo, mudo, surdo-mudo, não saber ler ou escrever, etc.) e da confissão (art. 197/200), sendo que os dispositivos que

tratam do acusado e do defensor (art. 259/267) estão previstos no Título VIII (Do juiz), do mesmo Livro I.

Vale comparar com o que se tem no Projeto: o Livro I (Da persecução penal), trabalha [a] no Título IV os sujeitos processuais e, entre eles, há um capítulo específico (Capítulo IV) sobre o acusado e seu defensor, do qual se vai à uma seção que trata especificamente do interrogatório (onde se aborda: sua natureza jurídica, artigo 63; o direito ao silêncio, artigos 64/65; a confissão, artigo 69), [b] no Título VIII a questão da prova, cujos capítulos trabalham: [1] disposições gerais (onde estão os artigos 162 e 165 sobre a gestão da prova e o livre convencimento do magistrado); [2] meios de prova e [3] meios de obtenção de prova.

O destaque é que, enquanto no CPP há um capítulo específico para tratar da confissão e outro para tratar do interrogatório, ambos sob o título “da prova”, sendo que, neste mesmo patamar há um título “do juiz, do ministério público, do acusado e seu defensor, dos assistentes e auxiliares da justiça”, com destaque para o lugar do capítulo III, sobre acusado e defensor, no Projeto, por sua vez, o título sobre os sujeitos processuais está no mesmo patamar do título referente à prova, sendo que, neste título, vale ressaltar, trata-se a gestão da prova, o livre convencimento do juiz e os meios de prova, sendo que, por sua vez, dentre os meios de prova, tem-se: prova testemunhal, documental, exames e perícias. Ou seja, não se trata o interrogatório do acusado como prova nem se coloca o interrogatório entre delas: o interrogatório será tratado no título referente aos sujeitos processuais.

Só por essa modificação topográfica da regulação desses importantíssimos institutos já se teria condições de melhor sustentar a tese de que o interrogatório, ao contrário do que pensa a doutrina conservadora, não é mero meio de prova, mas sim meio de defesa do acusado ou, ao menos, instituto híbrido. Vale ressaltar que a doutrina conservadora entende que os meios de prova são atos privativos do juízo, nos quais não caberia intervenção das partes: sobre o interrogatório, retome-se, dizia a redação original do CPP,

artigo 187: “O defensor do acusado não poderá intervir ou influir, de qualquer modo, nas perguntas e nas respostas.”

Como se sabe, o artigo 187 foi reformulado pela reforma de 2003, de modo que o dispositivo que hoje lhe corresponde assevera: “Artigo 188. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003).”

Não obstante a lei 10792/2003 (antes dela e mesmo depois), a ideia de que as provas pertencem ao juízo faz-se presente no cotidiano. Nesse passo, pelo fato de o interrogatório ser, segundo a redação original do CPP, regulado *junto com* as provas (o que foi mantido pelas reformas parciais e é alterado pelo Projeto), há muita polêmica sobre a natureza jurídica do interrogatório: uns defendem se tratar mesmo de meio de prova do juízo, para outros seria meio de defesa e para uma terceira corrente, tratar-se-ia de instituto híbrido. Agora, em sendo o Projeto aprovado, além de em sua estrutura não tratar o interrogatório como meio de prova – mas sim o prever como ferramenta do acusado e do seu defensor, vistos na qualidade de sujeitos processuais –, o artigo 63 assevera expressamente que o interrogatório constitui meio de defesa do investigado ou acusado e que será realizado na presença do seu defensor.

Embora, a rigor, assim já se pudesse entender a partir da redação original do CPP, desde que lido à luz da CR 1988, trata-se de importantíssima alteração na estrutura do Código de Processo Penal. Assim, além de, por exemplo, o direito ao silêncio e outros institutos relacionados ao privilégio da não auto-incriminação estarem melhor colocados no Código, possibilita que o cidadão, na qualidade de parte, caminhe no sentido de desfrutar, efetivamente, de uma defesa ao menos razoável.

Embora adiante se retome e desenvolva, faz-se pertinente trazer à discussão as reformas parciais desde a ótica do privilégio contra a auto-incriminação, em especial à liberdade de calar, na medida em que é tema

diretamente relacionado ao interrogatório e bem exemplifica as dificuldades desse tipo de reforma, o que possibilita uma valiosa comparação com a proposta do Projeto.

Já o CPP, em sua redação original, no artigo 186, reconhece a existência do direito ao silêncio, mas ressalva que o exercício do direito pode ser interpretado em prejuízo da sua própria defesa³⁸⁴. Em 2003, por uma das reformas que tratou do interrogatório, a redação do artigo 186, parágrafo único, destaca que o silêncio não significa confissão e que não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa³⁸⁵.

Embora a redação do artigo 186 esteja hoje, pelo CPP, infinitamente melhor do que se tinha originalmente, pelo artigo 198³⁸⁶, tem-se ainda: o silêncio, que não significa confissão, pode servir de elemento para a formação do convencimento do juiz.

Ora, ao manter esse artigo inalterado, a *Reforma de 2003* (Lei 10792 de 01/12/2003), não avançou em tudo o que podia no que se refere ao trato do direito ao silêncio: embora a nova redação do artigo 186 esteja adequada à Constituição, a do artigo 198, que é original, coloca todo o esforço abaixo, já que inviabiliza na prática o uso do instituto. Por isso a afirmação, *supra*, da necessidade de uma reforma global, ou seja, da formulação de um novo código inteiro como um dos fatores indispensáveis para que se mude a matriz do sistema. Do contrário, esse tipo de inviabilidade segue imperando embora, é certo, não baste mudar a lei sem refletir e discutir a prática para se ter mudanças efetivas. Vale comparar com o que se dá no Projeto156/09-PLS.

³⁸⁴ Art. 186. Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa.

³⁸⁵ Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003). Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003).

³⁸⁶ Art. 198. O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.

Pelo Projeto, os dispositivos referentes ao interrogatório tratam acertadamente da liberdade de declarar, proibindo técnicas de interrogatório ilícitas, ameaçadoras, intimidatórias, coativas, independente de ter ou não o interrogado oficialmente consentido. O Projeto ainda: (a) limita o tempo do interrogatório; (b) elenca, no artigo 65, o que deve ser dito ao interrogado ou acusado antes do início dos trabalhos (entre outras: que tem direito a se calar em uma ou várias perguntas, que o silêncio não significará confissão nem poderá ser interpretado em prejuízo à sua defesa); (c) prevê o dever de a autoridade perguntar se é de livre e espontânea vontade ao interrogado que quiser confessar a autoria da infração penal.

Ao que parece, o Projeto regula o interrogatório de acordo com a principiologia constitucional, na medida em que, ao considerar o arguido efetivamente parte, ou seja, sujeito e não objeto do processo, respeita, por todos, os princípios da dignidade humana e do devido processo.

Resta saber como os dispositivos do Projeto, em princípio coadunados – ou, na pior das hipóteses, coadunáveis – com a CR 1988, serão lidos e aplicados pela comunidade jurídica.

4.3 O SILÊNCIO E A QUESTÃO PROBATÓRIA

Os institutos da defesa e da produção probatória interagem intimamente. Deve aquela operar em todos os momentos, tanto mais nesse, do qual emergem os fundamentos da decisão jurisdicional.

Com FIGUEIREDO DIAS³⁸⁷: “Essencial à consistência e a eficácia da função de defesa é, evidentemente, o asseguramento do direito de presença do defensor às diligências de prova de que sejam passíveis quaisquer participantes processuais”, sejam durante a audiência de julgamento, a instrução contraditória ou a instrução preparatória³⁸⁸.

³⁸⁷ *Idem.* p. 489.

³⁸⁸ *Ibidem.* p. 489-91.

Em Direito Processual Penal remete-se o “ônus da produção probatória”³⁸⁹ integralmente à acusação, sob o crivo dos princípios de direito material da presunção da inocência e do *in dubio pro reo*, à processualística aplicáveis. Se a acusação não provar o criminalmente imputado, o juiz deve absolver o réu³⁹⁰. Em o réu optando por exercer a prerrogativa constitucional de se manter calado, permanece o ônus probatório com a acusação, que o deve aquilatar de modo indúbio e concludente. Com MOURA; MORAES³⁹¹: “(...) fazer do silêncio do acusado elemento que pode ser interpretado em prejuízo da defesa, significa valorá-lo como indício de culpa, o que conflita com a ‘presunção de inocência’”.

Atenção focada em evitar o *primado das hipóteses sobre os fatos*³⁹², impende que as funções de produção e valoração probatória devem estar apartadas. Não ocorre na redação original do Código pátrio de Processo Penal. Veja-se o Art. 156: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”

Tampouco na redação em vigor (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008):

³⁸⁹ Ressave-se a expressão na sistemática processual penal: a sociedade não incumbe ao Ministério Público, tampouco ao particular (quanto menos ao juiz, que deveria se manter inerte quanto à gestão probatória), o dever de acusar sem critérios e a todo custo – a decisão que por falta de provas absolve, e. g., não é desfavorável à acusação –; utilize-se a expressão, portanto, conforme essa acepção ressalvada. Refere-se FIGUEIREDO DIAS ao ônus de prova como “uma arbitrária transposição para o processo penal de categorias dogmáticas de processo civil que naquele não devem encontrar guarida. (...) mais do que equívoco, acaba por ser errôneo falar de ônus da prova material a cargo do MP. A absolvição por falta de prova, em todos os casos de persistência de dúvida no espírito do tribunal, não é consequência de qualquer ônus da prova mas sim da intervenção do princípio *in dubio pro reo*.” (*Ibidem*. p. 212-213).

³⁹⁰ CPP, Art. 386: “O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: VI - não existir prova suficiente para a condenação.”

³⁹¹ *Idem*. p. 136.

³⁹² Com CORDEIRO, no original: “La solitudine em cui gli inquisitori lavorano, mai esposti al contraddittorio, fuori da griglia dialettiche, può darsi Che giovi al lavoro poliziesco ma sviluppa quadri mentali paranoidi. Chiamiamoli’ **primato dell’ipotesi sui fatti**: chi indaga ne segue una, stavolta a occhi chiusi; niente la garantisce più fondata rispetto alle alternative possibili, né questo mestiere stimola cautela autocritica; siccome tutte le carte sono in mano sua ed è lui che l’há intavolato, punta sulla sua ipotesi. Sappiamo sua quali mezzi persuasivi conti (alcuni irresistibili: ad esempio, la tortura del sonno, caldamente raccomandata dal pio penalista Ippolito Marsili); usandoli orienta l’esito dove vuole [sem grifos no original].” (CORDEIRO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: Utet, 1986, p. 51).

“Artigo 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008); II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).”

Daí se enquadrar o processo infraconstitucional penal brasileiro dentre os sistemas essencialmente inquisitórios, ou de matriz inquisitória, visto que a gestão da prova resta centralizada no juiz³⁹³.

FIGUEIREDO DIAS³⁹⁴ infere do direito ao silêncio a inexistência, para o arguido, de um dever de participar do processo de “obtenção da verdade”: “não é, portanto, destinatário próprio do respectivo [à obtenção da verdade] ‘dever de colaboração na administração da justiça penal’...”. Daí deriva, continua, “o princípio de que o exercício de um tal direito processual não pode ser valorado como indício ou presunção de culpa [deparando-se aqui com uma nova e autêntica proibição de prova]”.

Assente-se com MOURA; MORAES³⁹⁵: “O silêncio não pode ser objeto de valoração jurisdicional, porque não constitui prova no sentido jurídico do termo – processualmente, prova é todo instrumento utilizado para levar ao conhecimento do julgador (destinatário da prova) fatos ocorridos no passado e que tenham a potencialidade de influencia no seu julgamento...”. Deve ser recebido como simples opção pela qual se abstém de verbalizar sua versão pessoal dos fatos.

Conquanto se possa entender o direito ao silêncio como uma restrição à possibilidade de uma fidedigna reconstrução histórica dos fatos – mesmo sabendo que é pretensão idealizada –, reconheça-se tratar de limitação constitucionalmente legítima e louvável por possibilitar o (re)equilíbrio entre a verdade processualmente possível e o respeito às liberdades públicas³⁹⁶.

³⁹³ MIRANDA COUTINHO. *Idem*. p. 167.

³⁹⁴ *Idem*. p. 448-9.

³⁹⁵ *Idem*. p. 139-140.

³⁹⁶ *Ibidem*. p. 141.

A explicação histórica³⁹⁷ dos alcances do direito ao silêncio – incluída, portanto, a dispensabilidade do dever de colaborar – é a de que, em tempos de lógica inquisitória, era válido obrigar o arguido – sejam por que meios fossem, objetificado que se encontrava – a proferir declarações incriminatórias. Visava-se, com efeito, a confissão. Inadmissível, em sistemas cuja essência se pretende acusatória. Neste caso, o silêncio não faz prova do alegado pela acusação. Não se pode lhe atribuir o valor de confissão com base no adágio popular de que “quem cala consente”. Tampouco com base no entendimento dos que atribuem ao silêncio valor de indício ou presunção.

Indícios e presunções são considerados provas indiretas, as quais podem formar o convencimento do juiz. Este, ao sentenciar, não se encontra amarrado a um prévio tarifamento probatório, tampouco permite o ordenamento que as valore inconsequentemente³⁹⁸. Pelo princípio do livre convencimento confia-se ao juiz a livre valoração do conjunto probatório, de forma que o sopesa como melhor ponderar; entretanto, deve demonstrar o seu raciocínio, fundamentando cada uma das decisões para que se legitimem perante a sociedade e para que oportunizem o controle jurisdicional em nível recursal³⁹⁹.

Em mente o artigo 239 do CPP (“Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”), NORONHA⁴⁰⁰ explica a distinção entre indício e presunção da seguinte maneira: “... o indício é um fato, ao passo que a presunção encontra sua fonte na experiência; noutras palavras, o indício é uma circunstância certa e que se realizou, ao passo que, na presunção, considera-se como realizado um fato não provado, fundando-se, entretanto, na experiência.” Ambos são tomados pelo julgador

³⁹⁷ FIGUEIREDO DIAS. *Idem*. p. 450.

³⁹⁸ MIRANDA COUTINHO. *Idem*. p. 196.

³⁹⁹ SUANNES. *Idem*. p. 314 *et seq.* No mesmo sentido, PACHECO DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de processo penal comentado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 12. ed. p. 327.

⁴⁰⁰ NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva. p. 133. Vejam-se os termos do CPP: “Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.”

como pontos de partida de um raciocínio lógico-dedutivo na fundamentação e demonstração de suas conclusões⁴⁰¹.

PACELLI DE OLIVEIRA⁴⁰², no mesmo sentido assevera que o indício mencionado pelo artigo 239 do CPP não chega a ser propriamente um meio de prova mas, antes, a utilização de um raciocínio dedutivo – os quais configuram presunções feitas por parte do julgador diante da ausência de prova material em sentido contrário, entendendo o autor que são válidas enquanto meio de conhecimento de certo fato submetido à apreciação jurisdicional – através do qual, partindo-se da valoração da prova de um fato ou de uma circunstância, chega-se à conclusão da existência de um outro fato ou de uma outra circunstância. Noutras palavras, pelo indício se afirma a existência do conhecimento de uma circunstância do fato delituoso, através de um processo dedutivo cujo objeto é a prova da existência de outro fato⁴⁰³.

Conquanto não caiba um estudo mais aprofundado, dessa breve exposição bem se pode imaginar com que tamanha facilidade sustenta-se o entendimento segundo o qual o silêncio, com naturalidade – e erro! –, incluiria-se dentre tais formas probatórias indiretas. A par da redação originária do artigo 186 do CPP – pela qual, em que pese garantido o direito ao silêncio, autorizava-se fosse interpretado em desfavor do réu –, pelo artigo 198 do Código (cuja redação a recente reforma não alterou) fundamenta-se de pronto aquele posicionamento; senão, vejamos: “Art. 198. O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.”

Portanto, pelo artigo 198 do CPP, o juiz estaria autorizado a invocar o silêncio do acusado para o condenar, desde que complemente a fundamentação da sua decisão com outros elementos probantes.

⁴⁰¹ Pereira. *Idem*. p. 139.

⁴⁰² PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de processo penal comentado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 12. ed. p. 417/8.

⁴⁰³ PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de processo penal comentado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 12. ed. p. 417/8.

Insustentável a pertinência do dispositivo⁴⁰⁴. A um, por macular os princípios constitucionais da presunção de inocência, do devido processo legal e da ampla defesa. A dois, por tolher o valor constitucional do privilégio contra a auto-incriminação, a fundamentar o mais largo dos sentidos ao direito de calar. A três, por conflitar com a atual determinação do Código pela qual se veda qualquer prejuízo que do silêncio possa emanar. A quatro, porque nega a vida concreta (a posição de sujeito, de sujeito inocente, desobrigado de se expor ou colaborar com a reconstituição dos fatos) do arguido que o exerce.

Encarar-se o silêncio como algo diverso de uma ausência, de um *não-alcançável* linguístico, de um furo inerente à estrutura da linguagem (do qual nada que prejudique o arguido se pode inferir), significa partir de uma pseudopremissa, pela qual se constrói um castelo de vento. As conclusões que nele habitam não merecem crédito. Se os elementos que o acompanham durante a fundamentação do juiz bastarem à condenação, menos pior: tratar-se-á de argumento de frágil precisão. Agora, se o silêncio for o único elemento a fundamentar a decisão, deve ser reformada sem tardar; do contrário, permitir-se-á condenar com base no desconhecido. É que “O juiz deve inspirar-se em um profundo sentimento de humildade frente ao desconhecido, e portanto, não deve permitir continue sendo vítima da sugestão de alcançar a todo custo o conceito da verdade, especialmente quando em confronto com os inexploráveis limites do conhecimento humano.”⁴⁰⁵

Em não se fazendo prova da culpa do arguido que calara, impende absolvê-lo. Ao direito não é possível esgotar a questão fática da verdade. Demarca-se a problemática da necessidade de apontar culpados a qualquer preço como questão urgente.

⁴⁰⁴ Nesse sentido, LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v.1. 4. ed. p. 683/4. O autor critica o raciocínio dedutivo que suporta os indícios: sustenta a fragilidade da dedução tendo em mente a superação da lógica cartesiana e do determinismo. Para ele, a expressão “indícios” deve ser compreendida meramente como uma “prova menor”, em relação às provas propriamente ditas.

⁴⁰⁵ *Ibidem*. p. 143.

5 DA EFETIVIDADE DO DIREITO AO SILÊNCIO

5.1 PERANTE A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

A Constituição da República de 1988 consignou expressamente o direito ao silêncio através do inciso LXIII do Art. 5.^o⁴⁰⁶.

A rigor, tal explicitude não seria imprescindível. Seria possível inferi-lo da *ratio* fundante e norteadora do sistema que se inaugurou, tal como se pôde fazer sob a égide de algumas das ordens constitucionais que lhe antecederam. Com mais naturalidade se positivaria agora um direito ao silêncio que não estivesse apostado expressamente na Constituição em razão de configurar um dos direitos que a nova ordem instituiu⁴⁰⁷. Não andou mal, porém, o legislador constituinte. O baixo grau de efetividade de muitos direitos e garantias constitucionais fizeram logo ver que foi importante prever expressamente, sem embargo de ter deixado espaço para tudo o mais que comportasse, conforme o parágrafo 1.^o do artigo 5.^o da CR.

Assim, os diversos entendimentos extraídos do repertório jurisprudencial apontam o acerto do legislador constituinte ao lhe ter minudentado. Seja porque, em um primeiro momento (entre a promulgação da Constituição da República de 1988 e a Reforma parcial Processual Penal de dezembro de 2003) reiteradamente ignorou-se a superioridade hierárquica do

⁴⁰⁶ Inciso LXIII do artigo 5.^o da Constituição da República: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

⁴⁰⁷ É o que se passa com o direito alemão: não tendo a Lei Fundamental explicitado o princípio *nemo tenetur*, coube à doutrina e à jurisprudência sustentá-lo na qualidade de direito constitucional não escrito. “Nesta linha, é já possível contar com um conjunto significativo de decisões do Tribunal Constitucional Federal, sistematicamente fiéis ao entendimento de que o princípio goza hoje, na ordem jurídica alemã, de autêntica dignidade constitucional”. A divergência fica por conta de em que valor constitucional – entre a dignidade humana e a liberdade geral de ação, também designado de direito ao livre desenvolvimento da personalidade – deve ser fundamentado. Quanto ao direito português, vige inequivocamente o *nemo tenetur* em decorrência da matriz constitucional em que se agasalham os valores da dignidade humana, da liberdade de ação e da presunção de inocência, além de inferir-se nula a prova que o macule graças ao dispositivo (art. 32.^o, n.^o 4 da Constituição Portuguesa) que o permite enquadrar como ofensa à integridade moral da pessoa. Diz-se unívoca sua vigência também por conta da legislação infraconstitucional, a explicitar, dentre outras normas, o direito ao silêncio (arts. 61.^o, n.^o1, al. c e art. 343.^o, n.^o1). (ANDRADE, *Idem*. p. 124-5).

direito constitucional do silêncio, seja porque, desde dezembro de 2003 (quando da formal adequação entre a Constituição da República e o Código de Processo Penal) até o presente momento, sistematicamente lhe cumprirem apenas retoricamente (e isso quando assim se cumpre).

Em um país de tradição civilística tal qual o Brasil, a consagração expressa de um direito – mesmo que esse seja naturalmente inferível da principiologia constitucional – resta compreensível. O fato de sob certa perspectiva se ter passado a *minimamente respeitar* o direito ao silêncio – diga-se, meramente *invocar*, não raro – tem alguma relação com sua explicitude constitucional. Consignado quando da instauração da ordem cidadã da Constituição de 1988, era tentativa de armar a população com um direito que lhe pudesse garantir, em resposta ao estrangulamento democrático que se procurava superar.

Irônico que se tenha, justo no seio da atual constituição – sob a qual valeria teoricamente o argumento de que haveria o menor grau de necessidade de sua consignação expressa – *agarrar-se* à ela ao invés de apenas *dela partir* – mediante a perene possibilidade de depurar o alcance dos fatos gráficos legais – para se alçar níveis mais abrangentes de sua aplicabilidade. O que falta é mesmo uma mudança autêntica de mentalidade, não apenas por parte dos profissionais do direito como também da sociedade em geral.

5.2 PERANTE A REDAÇÃO ORIGINÁRIA DO ARTIGO 186 DO CPP

Um direito legalmente previsto inviabiliza-se de pronto quando, de seu exercício, autorize-se extrair consequências prejudiciais ao titular. A Constituição garante o direito ao silêncio por inteiro, não se sustentando em

definitivo a redação original e contraditória do artigo 186⁴⁰⁸ do CPP. Era do que bem dava conta a doutrina ao propugnar pela revogação do dispositivo.

Diante da clareza da norma constitucional, foi derogado o art. 186 do CPP (...). A parte final do dispositivo (“o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”) está, evidentemente, derogada posto que não foi recepcionada pela Carta Política de 1988. Fica vigente tão-só a parte na qual o Magistrado, antes de iniciado o interrogatório, esclarece ao réu que o mesmo não está obrigado a responder às perguntas.⁴⁰⁹

No mesmo sentido, AZEVEDO⁴¹⁰: “A CF/88 consagrou expressamente a presunção de inocência, e, conseqüentemente, o direito ao silêncio, que se insere no princípio do contraditório e da ampla defesa, pelo que ficaram revogados os artigos 186, 191 e 198 do CPP, cuja constitucionalidade, mesmo sob a égide do diploma constitucional anterior, era pouco mais que discutível.”

Quanto ao prejuízo, “Trata-se de limitação ao direito de calar, pois a advertência configura inegável coação ao réu para confessar o crime ou apresentar uma versão qualquer a respeito dos fatos. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, entretanto, deve ser considerada extinta a restrição ao direito que todo o acusado possui de manter-se calado.”⁴¹¹

Assim é que, devido à incompatibilidade ideológica de orientação da nossa democrática Constituição Federal com o Código de Processo Penal (fruto de inspiração ditatorial), pode-se afirmar acerca da derrogação dos artigos 186 e 198, e a total revogação do artigo 191, todos do diploma processual penal. Conseqüentemente, ao juiz não é dada a possibilidade de interpretar a opção pelo silêncio em prejuízo do acusado, já que, em realidade, nada pode ser inferido do silêncio, uma vez que ele se constitui nisso: um nada.⁴¹²

⁴⁰⁸ Redação original do artigo 186 do CPP: “Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa.”

⁴⁰⁹ DOTTI, *Idem*. p. 426. Ainda: “Estão revogados a segunda parte dos artigos 186 e 198 do CPP, por conflitarem com o art. 5º inc. LXIII, da CF/88.” (MOURA; MORAES, *Idem*. p.146).

⁴¹⁰ AZEVEDO, *Idem*. p. 292.

⁴¹¹ MÉDICE, *Idem*. p. 307.

⁴¹² PEREIRA, *Idem*. p.199.

5.3 PERANTE A REFORMA DO CPP (LEI 10.792/2003)

Que se não imagine ter o legislador infraconstitucional solucionado o problema ao extirpar da redação originária do artigo 186 o prejuízo potencial decorrente da utilização, pelo interrogado, de seu direito ao silêncio. Outro não poderia ser o resultado de uma reforma seccionada, de cunho meramente retórico, que transparece fracionada desde a concepção até a aprovação legislativa⁴¹³. A atual redação do dispositivo⁴¹⁴, de fato, coaduna-se com a principiologia constitucional e verte em lei o que já estava pacificado quanto às consequências da evocação do direito ao silêncio. Contudo, permanecem intocados ou, mesmo quando alterados não representam substancial mudança, determinados mecanismos legais – tal qual o que o que admite a ponderação do silêncio ao convencimento do juiz (artigo 198), ou o que permite ao juiz a gestão probatória (artigo 156) – os quais infirmam a precisão e o alcance que se atribui constitucionalmente ao direito de calar.

Não se negam os méritos da atualização específica deste dispositivo, o artigo 186 do CPP, deveras recomendável. Contra a Constituição – e por mais absurdo que possa ser – as autoridades insistiam em proceder, problema que,

⁴¹³ Através da Portaria n.º 61/00 do Ministério da Justiça constituiu-se a Comissão de Reforma do CPP, composta por Ada Pellegrini Grinover (Presidente), Petrônio Calmon Filho (Secretário), Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti (que posteriormente retirou-se, tendo Rui Stoco o substituído), Rogério Lauria Tucci e Sidnei Beneti. Finalizados os trabalhos, em 06 de dezembro de 2000 a comissão (que se subdividira para cuidar de temas específicos tratados pelo CPP) entregou ao Ministério da Justiça sete anteprojetos (apresentados por exposições de motivos próprias), os quais transformaram-se nos seguintes projetos de lei: (a) n.º 4.209/01 sobre investigação criminal; (b) n.º 4.207/01 sobre suspensão do processo e de procedimentos; (c) n.º 4.205/01 sobre provas; (d) n.º 4.204/01 sobre interrogatório e defesa; (e) n.º 4.208/01 sobre prisão, medidas cautelares e liberdade provisória; (f) n.º 4.203/01 sobre o Júri; (g) n.º 4.206/01 sobre recursos e ações de impugnação. O Projeto de Lei n.º 4.204/01 deu origem à Lei n.º 10792, promulgada em 1.º dezembro de 2003, que altera a redação original do artigo 186, dentre outros dispositivos. Cada um daqueles projetos de lei tramitou individualmente, de forma que dispositivos originais e reformados passaram a conviver em desarmonia, suscitando incongruências e tratamentos não isonômicos durante as diversas fases do processo.

⁴¹⁴ Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

já era sabido, não se corrigiria mediante imposição legal. *Mutatis mutandi*, compara-se sua efetividade pragmática à que se tinha quando era garantido de forma implícita nos sistemas jurídicos anteriores ao de 1988: uma efetividade proporcionalmente inviabilizada. Não obstante, inegável que com menos dificuldade se passa a postular pelo direito de calar, desde a adequação de ao menos um dos instrumentos infraconstitucionais. Ao menos teoricamente, portanto, não mais se admite que o arguido seja prejudicado por fazer uso do direito ao silêncio.

Nada obstante, é preciso subir mais alguns degraus na construção de seu sentido. Por um lado se trata, agora de um caminho que se poderia entender menos esforçado do que os anteriores, se for medido de acordo com a sua fundamentação indireta. Noutras palavras: o fundamento mediato desse avanço encontra-se agora em norma explícita do CPP (art. 186), a qual exprime o fundamento constitucional, este imediato (art. 5, LXIII). Na avaliação do desafio da efetividade material do direito ao silêncio, desde o critério político-social persiste, porém, a magnitude da dificuldade, eis que carece de renovação de toda uma incrustada mentalidade.

Veja-se, a propósito, como muitas das decisões judiciais que em seguida serão analisadas dizem estar respeitando o direito ao silêncio quando, em verdade, infringem-lhe, em comprovável postura contraditória e inconstitucional. Pode parecer mais grave que aconteça depois da atualização do CPP, conquanto, a rigor, não seja. É que, desde o instante em que se toma por norte o princípio dispositivo em sede processual penal, aquela interpretação mostra-se inadmissível justamente por ser inconstitucional.

5.4 PERANTE A JURISPRUDÊNCIA

Parte da jurisprudência, em que pesem decisões paradigmáticas das mais acertadas, posiciona-se, não raro, infinitamente aquém do imperativo constitucional. É bastante comum os advogados recorrerem de decisões posteriores a interrogatórios nos quais a autoridade não advertiu o interrogado

do direito ao silêncio⁴¹⁵, ou o advertiu mas sem se lembrar de afirmar que dele não emanariam prejuízos, ou sequer de omitir a parte final da redação do artigo 186, como se tinha originalmente.⁴¹⁶

Seguidamente, negam os tribunais os pedidos de anulação desses interrogatórios, por a defesa não ter demonstrado *prejuízo* concreto decorrente⁴¹⁷. A par da amplitude oportunizada pelo termo, percebe-se o fato

⁴¹⁵ “Como o acusado apresentou efetiva autodefesa em seu interrogatório, **não há falar-se em nulidade por falta de comunicação do seu direito de permanecer em silêncio**, já que não demonstrado o efetivo prejuízo [sem grifos no original].” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em hábeas corpus n.º 10080. Denegado. Relator: Ministro Edson Vidigal. 05 nov. 2000. DJ, 25.09.00, p. 144).

⁴¹⁶ Neste caso houve advertência da existência do direito de calar, mas nos termos da **antiga redação do artigo 186**; arguida a nulidade do interrogatório com fundamento no inciso LXIII, artigo 5.º, da CR, denegou-se o habeas corpus. Diz a ementa: “-RECURSO EM “HABEAS CORPUS”. DENUNCIA. INEPICIA. RECEBIMENTO. NULIDADE POR AUSENCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. -NULIDADE DO INTERROGATORIO DO REU POR ADVERTIDO COM APOIO NO ART.186, DO CPP, COM VIOLAÇÃO AO INC. LXIII, ART. 5., DA CONSTITUIÇÃO. -ALEGAÇÕES IMPROCEDENTES. -RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em hábeas corpus n.º 6480. Denegado. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. 09 jun. 1997. DJ, 25.08.97, p. 39399). No mesmo sentido: “Da mesma forma, não restou demonstrado que **a referência ao ART-186 do CPP-41**, tenha influído na defesa dos acusados.” (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4.ª Região. Apelação Criminal n.º 9704471017. Condenação Mantida. Relatora: Juíza Tânia Terezinha Cardoso Escobar. 15 out. 1997. DJ, 20.11.97, p. 99708). Neste próximo caso a advertência originária do artigo 186 do CPP é menosprezada por não mais coagir como se desejava: “Alega preliminarmente nulidade absoluta, pelo fato de que o magistrado *a quo*, no ato do interrogatório, advertiu o apelante de que **‘o seu silêncio poderia ser interpretado em prejuízo da própria defesa’**, atentando contra a garantia de o acusado permanecer calado.(...) Ora, o apelante estava acompanhado de seu defensor, o qual não fez registrar naquela oportunidade possível prejuízo a ser experimentado pela defesa. Ademais, o alerta do magistrado **a quo é praxe e, como salientou a defesa, não tem mais o poder de coerção antes desejado** [sem grifos no original] em virtude do que dispõe o art. 5º, LXIII, da Constituição Federal.” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação Criminal n.º 2002.001308-1/0000-00 Preliminar rejeitada, provimento denegado. Relator: Desembargador Luiz Carlos Santini. 19 jun. 2002. DJ n.º 350, v. 561 p. 108).

⁴¹⁷ Exige-se a demonstração do prejuízo para acatar a arguição de nulidade decorrente da advertência do direito ao silêncio conforme a redação de 1941. “O denunciado tem direito ao silêncio, mas, no caso, não restou demonstrado o prejuízo causado à defesa do Paciente, pelo fato do juiz que presidiu o interrogatório o ter advertido sobre os termos do ART-186 do CPP-41.” (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4.ª Região. Hábeas Corpus n.º 9704422709. Negado. Relator: Juiz Jardim de Camargo. 04 nov. 1997. DJ, 08.10/1997, p. 83292). Neste próximo caso os dois réus confessam, mas um deles se retratou em juízo, dizendo que confessou sob tortura, o que foi considerada “mera alegação”, sem demonstração nos autos: “O fato de ter constado no interrogatório a advertência prevista no art. 186 [parte final] do CPP é irrelevante, na medida em que, **se** calado tivesse o apelante ficado, tal situação em nada poderia agravá-lo, sendo o silêncio, como é sabido, constitucionalmente protegido./Além disso, não há decretar a nulidade, pois **não houve a demonstração efetiva de qualquer prejuízo** para a defesa. (...) Na fase policial, os réus confessaram a autoria delitiva, e em juízo o apelante Laudemir retratou-se, alegando que foi **torturado na polícia para confessar, entretanto não passou de mera alegação, uma vez que tal fato não ficou demonstrado**

de o interrogado estar prejudicado instantaneamente⁴¹⁸: da inadvertência sobre o direito ao silêncio, à amnésia de que cabe à acusação provar a culpa do interrogado. Tanto mais quando desacompanhado de advogado,⁴¹⁹ ou não

nos autos [sem grifos no original].” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação Criminal n.º 2002.006718-0/0000-00. Preliminar rejeitada. Relator: Desembargador Luiz Carlos Santini. 02 out. 2002. DJ n.º 424, 18/10/2002).

⁴¹⁸ É exato o que assevera SUANNES em relação a necessidade de provar o prejuízo concreto para que se anule processos cuja defesa fora deficiente: “De fato, ou algo é amplo ou é restrito. Uma mesa é larga ou é estreita. O contrário de mesa larga não é, até onde o bom senso permite afirmar, mesa inexistente. Logo, o contrário de defesa ampla é defesa restrita, reduzida, parca, escassa. Se a Constituição Federal exige que a defesa seja ampla, pena de nulidade, tem-se que – a menos que se revoguem os dicionários – uma defesa escassa, parca, reduzida, restrita implicará na nulidade do processo. Contrapor amplo a existente é escamotear a garantia constitucional. **O mesmo se diga da incrível exigência: prova de prejuízo.** Acaso a restrição da liberdade não significa prejuízo? A simples quebra da primariedade não é prejuízo? **Exige-se comprovar o que já está comprovado** [sem grifos no original].” (SUANNES, *Idem*. p. 319).

⁴¹⁹ Decide-se aqui que o fato de se não advertir o réu de que pode calar (estando ele neste caso **sem advogado**, reforce-se), não implica nulidade pois “é quase certo que não o [o direito ao silêncio] utilizasse [!]”: “Nesse passo, vê-se que de **nenhuma valia se mostra a falta de registro da cláusula que legitima o silêncio como direito do acusado.** Contou ele duas vezes [no interrogatório judicial sem advogado e em Júri], com alguma reserva, a mesma versão, ou seja, de que agiu em defesa própria após ser atacado pela vítima. Utilizou-se da possibilidade de autodefesa para expor sua tese, não se utilizando do silêncio e, **de nada valeria, anular o feito desde o interrogatório, para que fosse feito registro acerca do silêncio como direito seu, porque é quase certo que não o exercitasse...** (...) ...a opção pela intervenção ativa **implica abdicação** ao direito de manter-se calado e **das consequências da falta de informação oportuna a respeito** [sem grifos no original]. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Revisão Criminal nº 115.317-5. Preliminares rejeitadas. Conhecido e improvido. Relator: Desembargador Clotário Portugal Neto. 02 out. 2002). Neste próximo julgado, além da advertência conforme a redação antiga e inconstitucional do artigo 186, não se garantiu a presença do advogado quando do interrogatório, entendimento igualmente inconstitucional. Da ementa da decisão, que é anterior à reforma, extrai-se: “I. A realização do **interrogatório da paciente sem a presença do defensor, como tal, não constitui nulidade**, porquanto, a teor do art. 187 do CPP, trata-se de ato personalíssimo, com as características da judicialidade e da não intervenção da acusação e da defesa (Precedentes). II. A inadequada advertência prevista no art. 186 do CPP, em juízo, só pode ser considerada nulidade, se demonstrado o efetivo prejuízo à defesa precedentes). Ordem denegada.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Hábeas corpus n.º 26851. Denegado. Relator: Félix Fischer. 18 nov. 2003. DJ, 19/12/2003, p. 519). Neste outro caso, mesmo estando o réu **desacompanhado de advogado** durante o interrogatório judicial, momento em que não foi advertido de que podia calar, não se acata a preliminar de nulidade: “III - O DIREITO DE SILENCIO E FACULDADE CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADA AO ACUSADO, EXERCITAVEL NO INTERROGATORIO, MOMENTO PROCESSUAL EM QUE LHE E PERMITIDO OPTAR PELO EXERCICIO DA AUTODEFESA, **NÃO SE RECONHECENDO SUA NULIDADE PELA FALTA DE CIENTIFICAÇÃO PREVIA DESTA GARANTIA** SE NO ATO O ACUSADO OPTA POR EXPOR SUA VERSÃO DOS FATOS, SEM QUALQUER CERCEAMENTO AO SEU DIREITO DE SILENCIO. IV - A INTERVENÇÃO DO DEFENSOR NO INTERROGATORIO ESBARRA NA EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL DO ART. 187 DO CPP, NÃO VICIANDO, POIS, O ATO SUA AUSÊNCIA [sem grifos no original].” (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3.ª Região. Apelação Criminal n.º 94031056266. Preliminares rejeitadas, provimento

se admitindo que este intervenha durante o interrogatório judicial. Ambas as situações são tidas por inofensivas em virtude do arguido ter *optado* por não se defender – quando se utilizava do silêncio –, ou por ter verbalizado versão que, por outros meios, se confirmou ou refutou.

Insista-se: o silêncio é uma forma de defesa e de invocação do princípio da presunção de inocência. Não oportunizá-lo, qualificá-lo pela possibilidade de prejudicar ou incluí-lo dentre os elementos formativos do convencimento do magistrado significa valorá-lo negativamente⁴²⁰, quiçá tal qual se valorava, e se ainda valora, a confissão.

Quanto à situação em que o arguido verbaliza uma dada versão, não se pode afirmar que assim teria procedido se tivesse sabido, antes, que podia, silenciar com segurança⁴²¹; não se pode dizer que não foi prejudicado por ter dito algo, mesmo que se o tenha confirmado, porque negar ou afirmar a

negado. Relator: Juiz Theotônio Costa. 10 set. 1996. DJ, 01/10/1996, p. 73888). Neste caso a defesa alega cerceamento por **falta de menção na citação de que deveria ir ao interrogatório com advogado** e pelo fato de **não se ter nomeado advogado para o interrogatório judicial**, momento em que não houve a advertência do direito ao silêncio, dentre outros argumentos. Decidiu-se: “NÃO DEMONSTRADO O ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA - PRELIMINAR REJEITADA, EM VISTA DO ATENDIMENTO AOS ARTIGOS 186 E 188, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – (...) O interrogatório do réu não exige a presença de advogado, embora trata-se de ato de defesa, sendo a única oportunidade em que o Juiz tem o contato direto com o acusado, ou seja, trata-se de ato pessoal do Juiz, não submetido ao princípio do contraditório. / **Os fundamentos invocados pela defesa não se ajustam ao caso, pois que, as disposições contidas nos artigos 186 e 188, ambos do Código de Processo Penal, foram rigorosamente atendidas pelo digno magistrado monocrático, conforme se infere do termo de fls. 38 e verso.** Ademais, deve-se levar em consideração que o réu, quando indagado se tinha defensor, na mesma solenidade, respondeu: não ter, mas irá constituir defensor nos autos. **É lógico que, se necessário fosse a presença de advogado, o interrogatório não se realizaria** [sem grifos no original].” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Criminal n.º 59.406-3. Preliminar rejeitada. Relator: Clotário Portugal Neto. 18 nov. 1997).

⁴²⁰ ANDRADE refere-se à expressa disposição legal portuguesa do direito ao silêncio como “Um direito em relação ao qual o legislador quis deliberadamente prevenir a possibilidade de se converter num indesejável e perverso *privilegium odiosum*, proibindo a sua valoração contra o arguido”, o que se fez através: (a) do dever de as autoridades advertirem-no quanto a existência do direito; (b) da “drástica sanção da proibição da valoração (art.58.º, n.º3)” – sanciona-se com a nulidade –; (c) da tutela da *liberdade de declaração e depoimento* e (d) do art. 412.º do CP (pelo qual tipifica-se a *extorsão de depoimento*). (*Idem*. p. 126-7).

⁴²¹ “O fato do MM. Juiz, equivocadamente, ter advertido o réu, ora peticionário, de que o **seu silêncio poderia ser usado contra ele**, quando, na realidade, deveria informá-lo de que, caso exercesse o direito de se manter calado, não sofreria prejuízo, **nenhum gravame lhe trouxe**, porquanto utilizou do seu interrogatório como meio de defesa, **ao negar a autoria** do fato que lhe foi imputado.” (BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gérias. Revisão Criminal n.º 1.0000.00.316452-2/000. Preliminar rejeitada. Relator: Kelsen Carneiro. 15 nov. 2003. DJ, 28/02/2004).

autoria, e.g., difere de silenciar. Prejudicado restará – mesmo que verbalize algo que seja confirmado ou refutado – se não foi tempestivamente advertido de que poderia calar, por infração direta à presunção de inocência e ao privilégio contra a auto-incriminação.

Em outra situação, os tribunais consideram – erroneamente – a advertência de que o silêncio pode prejudicar como um alerta “heróico” do magistrado de que, aliado às outras provas, o silêncio poderá condenar⁴²².

O silêncio não se enfeixa junto às provas, que *outras* não são, mas as *únicas* existentes. Utilizar-se do silêncio no interrogatório, não é abrir mão do direito de, oportunamente, produzir provas. Aditar o silêncio ao conjunto probatório é valorá-lo prejudicialmente. O simples fato de advertir que dele pode emanar prejuízo – seja ou não avaliado em conjunto com as prova – é, por si, um prejuízo, eis que intimida, coage, violenta: resta demonstrado o nada insípido prejuízo. “O silêncio deve, por isso, ser tomado como a ausência pura e simples da resposta, não podendo, enquanto tal, ser levado à livre apreciação da prova.”⁴²³ Encare-o, nesse sentido, como um autêntico *nullum* jurídico.

Entender o silêncio como opção indolente⁴²⁴ ou inatural⁴²⁵ por não apresentar uma versão dos fatos – ponderação que não raro vem

⁴²² “Pede-se mais uma vez venia para discordar da defesa na parte que alega cerceamento de defesa, porquanto a observação de que o silêncio do justificante poderia resultar em seu prejuízo, afrontando seu direito ao silêncio, assegurado pela Constituição. (...) A **advertência** contida no Termo de Qualificação e interrogatório (fls. 144/147), **de que** o justificante não é obrigado a responder as perguntas e **o silêncio poderá ser interpretado em seu prejuízo**, tal advertência, **tem por finalidade demonstrar** ao acusado **que seu silêncio conjugado com as provas contra si apuradas, resultam em seu desfavor**, jamais poderá ser entendido como cerceamento de defesa e afronta ao princípio constitucional [sem grifos no original].” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Conselho de Justificação da Polícia Militar do Paraná n.º nº 114.359-9. Preliminar rejeitada, decisão mantida. Relator: Clotário Portugal Neto. 05 dez. 2002).

⁴²³ ANDRADE, *Idem*. p. 128.

⁴²⁴ “Uma investigação deve apurar a existência ou não de ilícito independentemente da participação do suspeito. O fato de um investigado não colaborar na ação contra si próprio não é insolência; é apenas defesa.” É o que aduz o advogado Arnaldo Malheiros acerca do comportamento de seu cliente, o senhor Delúbio Soares, durante depoimento prestado à CPI dos Correios, em nota transcrita e comentada em artigo de jornal. (KRAMAER, Dora. **Estadão**, 24 de Julho de 2005).

⁴²⁵ Há, nesta decisão, atribuição explícita de sentido ao silêncio; calar seria inatural ao inocente: “O juiz criminal não se pode permitir nenhuma ingenuidade no exercício de suas funções, (...). O silêncio do réu não implica confissão, mas é significativa a atitude de quem,

erroneamente a lume quando do convencimento do magistrado – é valorá-lo tal qual a uma confissão.⁴²⁶ Quando o magistrado entende que todo o inocente necessariamente verbaliza sua versão, condena aquele que se cala a uma confissão velada.⁴²⁷

O silêncio não deve pesar ao convencimento. Do contrário, trata-se de presumir uma confissão ficta por meio das implicações do exercício do direito ao silêncio. Acaso deveria o inquirido, ao exercer seu direito ao silêncio, lembrar o magistrado de que o deve presumir inocente? Ou de que seu convencimento obrigatoriamente precisa se pautar em provas? Ou de que lhe cabe, como cidadão responsável, autopolicar-se de, em decorrência do silêncio, *antes* decidir e *posteriormente* fundamentar sua sentença noutros elementos?

preso e acusado injustamente de crime gravíssimo, prefere manter-se calado, pois a **reação natural** de qualquer pessoa inocente é proclamar veementemente a sua inocência, esteja onde estiver [sem grifos no original].” (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4.^a Região. Apelação Criminal n.º 6656. Relator: Juiz Amir Sarti. 12 nov. 2001. DJU, 16/01/2002, p. 1396).

⁴²⁶ “Acórdão do TACrimSP que **‘Recebe-se com desconfiança a alegação de inocência do acusado que, na fase policial, caiu em profundo silêncio. A razão é que, embora direito seu permanecer calado (...) já provoca forte desconfiança o teor de seu proceder na fase do inquérito; embora o silêncio do acusado seja direito que lhe assegura a Constituição Federal (art. 5º, nº LXIII), recebe-se de ordinário por confissão de culpa, em face da repugnância lógica em respeito ao estado de inocência. O inocente, quando injustamente incriminado, não apenas se revolta contra o acusador, mas protesta em altos brados. (...)’** É inviável o RE. Certo, a observação constante do acórdão recorrido, de que “recebe-se de ordinário por confissão de culpa” o “silêncio” do recorrido na “fase do inquérito”, “em face da repugnância lógica em respeito ao estado de inocência”, está em confronto com a jurisprudência desta Corte, (...) Certo, ainda, que tal garantia implicou inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 do C. Pr. Penal, não podendo o silêncio do inquirido ser interpretado em seu desfavor. (...) **No caso dos autos, não há qualquer prejuízo que nulifique o processo, tendo em vista que o silêncio do acusado não constitui a base da condenação, que se arrimou em outras provas colhidas no processo.** Habeas corpus indeferido [sem grifos no original].” De fato, consta do acórdão - de forma expressa - que as “testemunhas (...) suprimam fartamente o silêncio do réu”. Extrai-se ainda, da leitura integral do acórdão recorrido, que a condenação amparou-se no depoimento da vítima, na prova testemunhal e no fato de o recorrente ter sido preso em flagrante, havendo, pois, apoio em fatos e provas autônomos e distintos, os quais o Tribunal *a quo* considerou suficientes e cujo reexame não se presta a instância extraordinária. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 391546. Denegado. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 12 fev. 2004. DJ, 12/02/2004, p. 00335).

⁴²⁷ Não se pode valorar jurisdicionalmente o silêncio. “A prática, porém, está a demonstrar que a crença de que o imputado possui o dever de colaborar na busca da verdade, embora infundada, tem impedido o pleno exercício do direito ao silêncio. Isso porque sua recusa é vista como um verdadeiro indicio de culpabilidade, acreditando alguns que, se o interrogado é inocente, não há motivos para impedir a reconstrução da verdade ‘real’ “. (MOURA; MORAES. *Idem*. p. 90).

Reformam-se os estatutos legais para se garantir que do silêncio não advenha prejuízo. Cobram-se demonstrações de prejuízo quando aos próprios dispositivos legais se infligem. Mais do que contraditória, trata-se de uma postura inaceitável, porque inconstitucional.

Comprova-se que a problemática não é meramente de índole legiferante. Não se estão a reivindicar meras alterações legislativas. Trata-se de efetivamente apreender a principiologia que rege a Constituição – e, conseqüentemente, a *ratio* ontológica do Processo Penal – para, em seguida, aplicar-lhes aos institutos jurídicos⁴²⁸. Se novas leis não bastam, tampouco estritamente necessárias se fazem à realização do direito ao silêncio.

Enfim, “O que queríamos registrar aqui é que a conquista da cidadania não se pode fazer por lei nem apenas por decisões judiciais. A história apresenta seu conhecido movimento pendular e os juizes, como homens comuns que são, não estão alheios às influencias culturais do momento.”⁴²⁹ É preciso, não obstante, que façam o devido esforço para cumprir seu principal mister de garantes da Constituição da República e do cidadão. Ou, do contrário, restaria esperar de grandes atos a salvação da sociedade de um Estado Democrático de Direito?

⁴²⁸ “Com efeito, interpretar o silêncio em prejuízo do réu significa negar o princípio da presunção de inocência, mentir o contraditório, o direito e a garantia à ampla defesa, além de desrespeito à intimidade do membro do corpo social. Sinteticamente, negação do princípio do contraditório porque o silêncio pode ser o resultado da falta de ciência do exato teor da acusação, ou forma e exercício efetivo da ampla defesa; da presunção de inocência porque da conduta processual do réu, como já assentou Ada Pellegrini Grinover, nenhuma ilação pode ser tirada, muito menos de sua culpabilidade, e desrespeito à pessoa humana que tem o direito natural de calar, de fechar-se, de não ter de colidir valores, p. ex., a própria segurança jurídica e sorte processual em face dos valores éticos...” (AZEVEDO, *Idem*. p. 291).

⁴²⁹ SUANNES, *Idem*. p. 126.

5 CONCLUSÃO

O direito ao silêncio exprime uma conquista histórica da humanidade cujo significado é um construído que se atualiza constantemente.

É corolário do privilégio contra a auto-incriminação, princípio que ao ser investigado em um dado ordenamento jurídico permite inferir tanto o tratamento conferido ao silêncio, quanto à matriz do sistema processual penal vigente (acusatória ou inquisitória).

Incluído explicitamente dentre os direitos constitucionais desde a CR de 1988, derogara-se a parte final do dispositivo infraconstitucional correspondente (artigo 186 do Código de Processo Penal). É que, ao prever o direito ao silêncio, o referido dispositivo do CPP possibilitava, entretanto, que quem o invocasse fosse prejudicado.

Em 1.º dezembro de 2003 promulgou-se a Lei n.º 10792 que alterou mais alguns artigos do CPP, em continuidade ao que se vinha denominado de *Reforma do Código de Processo Penal*. Esse estatuto foi resultado da aprovação de um dos projetos de lei elaborados por uma comissão de juristas, os quais se subdividiram de forma a repartir entre si os trabalhos, ficando cada qual responsável por redigir novos dispositivos para determinada parte do CPP.

Trata-se de uma pseudo-reforma, dentre outros motivos, por ser parcial. Constitucionaliza apenas aparentemente os diplomas infraconstitucionais, servindo de argumento retórico para quem a encampa. O fato de ser feita a conta-gotas mantém intocados dispositivos que permitem a continuidade da práxis vigente.

A Lei n.º 10.792 renovou a redação do artigo 186 e criou o parágrafo único, o qual veda expressamente que do silêncio emane prejuízo. Entretanto, dizer que o silêncio não pode prejudicar o réu não resolve o problema na medida em que permanece válido o dispositivo que permite tomá-lo como elemento para a formação do convencimento do juiz (artigo 198 do CPP).

Garante-se que o cidadão possa se calar, diz-se que do direito não emanará prejuízo, mas permite-se que o silêncio seja apontado dentre os fundamentos da decisão. Novamente se reconhece o caráter retórico da reforma.

Se a reforma é parcial e retórica, se na prática o direito ao silêncio continua prejudicando quem o invoca, faz-se pertinente investigar os sentidos que lhe são conferidos, estudar-lhe os fundamentos e defender o respeito ao seu do exercício.

O respeito ao exercício do direito ao silêncio não virá de alterações legislativas. Mesmo que se reformasse por completo a sistemática processual penal (vale ter em mente o Projeto de Lei 156/2009-PLS, recém aprovado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, conforme analisado anteriormente), seria possível o alcance do direito ao silêncio permanecer tão restrito quanto atualmente se encontra através, por exemplo, da exigência de comprovação de prejuízo em decorrência de seu desrespeito.

Não cabe exigir demonstração de prejuízo para fazer valer o direito ao silêncio. Fazê-lo é atribuir ao silêncio do arguido em processo penal um sentido pejorativo, tal qual o de uma confissão.

Permitir seu exercício e lhe atribuir sentidos pejorativos (a) fere os princípios constitucionais da presunção de inocência, do devido processo legal, da ampla defesa e do privilégio contra a auto-incriminação; (b) conflita com a redação atual do CPP, que proíbe prejuízo a quem lhe invoque; (c) nega a vida concreta (a posição de sujeito, de sujeito inocente, desobrigado de se expor ou colaborar com a reconstituição dos fatos) do arguido que o exerce.

O silêncio é uma forma de defesa e de invocação do princípio da presunção de inocência. Não se enfeixa junto às provas, que *outras* não são, mas as *únicas* existentes. Aditar o silêncio ao conjunto probatório é valorá-lo prejudicialmente. Em processo penal o silêncio do arguido deve ser compreendido como um não-ser, no sentido de não-alcançável linguístico.

Em não se fazendo prova da culpa do arguido que calara, impende absolvê-lo. Ao direito não é possível esgotar a questão fática da verdade.

Demarca-se a problemática da necessidade de apontar culpados a qualquer preço como questão urgente.

Todos os seguintes fatores precisam ser concomitantes e tempestivos para se falar em direitos autênticos à defesa e ao silêncio: (a) direito a ser advertido do direito ao silêncio; (b) direito de ser advertido de que do silêncio não pode advir prejuízo; (c) direito de ser orientado por advogado; (d) direito de ser orientado por advogado antes de ser interrogado; (e) direito de o seu advogado acompanhar e intervir durante o interrogatório. A inobservância de quaisquer desses direitos deve gerar a nulidade da fase postulatória do processo porque, ao respeitar apenas formalmente o devido processo legal e a presunção de inocência, ocasiona o prejuízo que se pretendeu ressaltar.

A simples condição de ser processado criminalmente no Brasil de hoje deve ser reconhecida como negativa, opressiva, vitimária, mortífera.

Mais especificamente, a *vida* do arguido que exerce o direito ao silêncio (sua condição de *sujeito* no processo, a presunção de inocência e a ampla defesa que lhe são devidas) é manifestamente *negada* (ele é tratado como *objeto*) quando se entende esse silêncio como algo diverso de um não-alcançável da linguagem (como se se tratasse de indolência, desrespeito, confissão de culpa, meio ou indício de prova).

Tal entendimento atrela um sentido pejorativo único ao silêncio, presumindo erroneamente a possibilidade de apreender sua verdade, sua essência. Entretanto, entendendo-se a compreensão e a construção dos sentidos desde a hermenêutica heideggeriana e, ainda, pelos aportes da psicanálise freud-lacaniana, tem-se a impossibilidade de se apreender o sentido do silêncio *em si mesmo*, como se desde sempre *já-não-estivesse-no-mundo* e, ainda, desde sempre demarcado pelo (des)encadeamento linguístico cujo deslizar de sentido vai marcado pela pulsão.

Nada obstante, elegendo-se como referência de atribuição de sentido a principiologia constitucional e o critério de afirmação, produção e reprodução da vida concreta de cada sujeito desde a ética da libertação de Enrique DUSSEL e com o objetivo de negar a morte ou de negar a negação da vida do

arguido que se cala (portanto, com o objetivo de afirmar sua vida e sua posição de sujeito do processo), sustenta-se a compreensão do silêncio como um *não-ser*, no sentido de *não-alcançável linguístico*.

A partir de uma negação (ou seja, da compreensão hermenêutica do silêncio do arguido como *não-passível-de-ser-alcançado-pela-linguagem*), pode-se negar a concretude negada da vida do arguido (DUSSEL).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

AGAMBEN, Giorgio. *A linguagem e a morte: um seminário sobre o lugar da negatividade*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

_____. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

_____. *Means without end: Notes on Politics*. Trad. Vincenzo Binetti e Cesare Casarino. Minneapolis and London: University of Minnesota Press, 2000.

_____. *O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha*. Trad. Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008.

_____. *Profanações*. Trad. Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2007.

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. v.1. São Paulo: Freitas Bastos, 1959.

AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi (coordenadores). *Polícia e estado de direito na América latina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

AMARAL, Thiago Bottino. *O direito ao silêncio na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ARRUDA, J.J.. *História Integrada*. v. 2. São Paulo: Ática, 1999.

ARRUDA, J.J. *Toda a História*. São Paulo: Ática, 1997.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra editora, 1992.

AVENA, Norberto. *Processo penal esquematizado*. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense-Método: 2009.

AZEVEDO, David Teixeira. *O interrogatório do réu e o direito ao silêncio*. Revista dos Tribunais, São Paulo. v. 682, p. 285-295, ago. 1992.

BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JR, Aury. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

BENJAMIN, Walter. Obras Escolhidas I – Magia e Técnica, Arte e Política. Trad. Sérgio Paulo Rouanet. São Paulo: Brasiliense, 1987.

BENVENISTE, Émile. Problemas de lingüística geral I. São Paulo: Pontes, 2005.

BARREIROS, José Antônio. *Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1981.

BARROS, Antônio Milton de. A defesa do acusado e sua intervenção no interrogatório judicial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 14, abr./jun. 1996.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal: comentários críticos sobre artigos modificados pelas leis n. 11.690/09, n. 11.719/08 e n. 11.900/09*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torreri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983.

BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andréia de Brito. *Processo penal garantista: visão constitucional e novas tendências*. Goiânia: AB, 1998.

BLACK, Edwin. *A Guerra contra os fracos*. São Paulo: A Girafa, 2003

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

BONATO, Gilson. *Devido processo legal e garantias processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BUBER-NEUMANN, Margarete. *Milena*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1987.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. Do Direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

BUENO FILHO, Edgard Silveira. *O direito à defesa na constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994.

BURNS, E. McNall. *História da Civilização Ocidental*. 38. ed. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1997.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed., Coimbra: Almedina, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Campinas: Servanda, 2010.

CARVALHO, Amilton Bueno de. Nós, juízes, inquisidores (ou da não presença do advogado no interrogatório). In: BONATO, Gilson (Org). *Direito penal e processual penal: uma visão garantista*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

CARVALHO, José Murilo de. *A formação das almas: o imaginário da república do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *O processo penal em face da Constituição*. 2. ed. reesc. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. *Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 5. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO, Salo de. *Crítica à execução penal*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Anti-manual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 2. ed.

COUCEIRO, João Claudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. (Coleção estudos de processo penal Joaquim Canuto Mendes de Almeida, v. 8). São Paulo: RT, 2004.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 3. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Júri: reformas, continuísmos e perspectivas práticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. *Temas de direito e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CHUEIRI, Vera Karam de. Agamben e o estado de exceção como zona de indeterminação entre o político e o jurídico. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.) *Crítica da modernidade: diálogos com o direito*. Florianópolis: Boiteux, 2005.

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: Utet, 1986.

CORRÊA, Márcia Maria de Barros. O direito ao silêncio no processo penal. *Revista Literária de Direito*, São Paulo, n. 36, jul./ago. 2000.

COTRIM, Gilberto. *Historia Geral: a ação da Igreja*. São Paulo: Saraiva, 1997.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DALARI, Dalmo de Abreu, *Elementos de teoria geral do Estado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI. *O que é a filosofia?* Rio de Janeiro: Editora 34, 2007.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Processo penal e direitos do homem: rumo à consciência européia*. Org. Trad. Fernando de Freitas Franco. Barueri: Manole, 2004.

DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 19, ano 5, jul./set. 1997.

DOTTI, René Ariel. Garantia do direito ao silêncio e a dispensa do interrogatório. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 775, mai. 2000.

_____. Um pouco da história luso-brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 10, abr./jun. 1995.

DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Petrópolis: Vozes, 2007.

_____. *Filosofia da libertação na América Latina*. São Paulo : Loyola, s.d.

_____. *Método para uma filosofia da libertação*. São Paulo : Loyola, 1976. 292.

_____. *Para uma ética da libertação latino-americana*. São Paulo : Loyola, s.d. 5 v.

EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. Trad. Maria José Lopes da Silva. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro-Brasília: Rosa dos Tempos-Edunb, 1993.

FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. Direito e dever ao silêncio. In: BARRA, Rubens Prestes; ANDREUCCI, Ricardo Antunes (Coord.). *Estudos jurídicos*

em homenagem a Manoel Pedro Pimentel. São Paulo: Revista dos Tribunais, 19929.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, v.1.

FIORI, Ariane Trevisan. *A prova e a intervenção corporal: sua valoração no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Walter Benjamin, a temporalidade e o direito. In: MUSSE, R. et alii. *A Escola de Frankfurt no Direito*. Curitiba: Edibej, 1999. p. 75-86.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Segurança, território, população*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Petrópolis: Vozes. 2001.

FRAGOSO, Heleno. Os direitos do homem e sua tutela jurídica. In: *Direito Penal e Direitos Humanos*, Rio de Janeiro: Forense, 1977.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 40.

FREUD, Sigmund. Alguns comentários sobre o conceito de inconsciente na psicanálise. In: _____. *Escritos sobre a psicologia do inconsciente*. Coord. geral da tradução Luiz Alberto Hanns. Rio de Janeiro: Imago, 2004. (Col. Obras Psicológicas de Sigmund Freud, v. 1).

_____. *Obras psicológicas completas de Sigmund Freud: edição standard brasileira* (trad. Jayme Salomão). v. 4 - A interpretação dos sonhos. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

_____. *Obras psicológicas completas de Sigmund Freud: edição standard brasileira* (trad. Jayme Salomão). v. 13 - Totem e tabu. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

_____. *Obras psicológicas completas de Sigmund Freud: edição standard brasileira* (trad. Jayme Salomão). v. 18 - Além do Princípio do Prazer. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

_____. *Obras psicológicas completas de Sigmund Freud: edição standard brasileira* (trad. Jayme Salomão). v. 21 - O mal-estar na civilização. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

GAGNEBIN, Jeane Marie. Após Auschwitz. In: SELIGMANN-SILVA, Márcio. *História, Memória, Literatura: o testemunho na era das catástrofes*. São Paulo: Editora UNICAMP, 2003. p. 91/112.

_____. Apresentação. In: *O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha*. Trad. Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008. p. 9/17.

GESU, Cristina di. *Prova penal e falsas memórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. O direito à prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). *Revista do Advogado*. São Paulo, n. 42, abr. 1994.

HEIDEGGER, Martin. O retorno ao fundamento da metafísica. In: _____. *Conferências e escritos filosóficos*. Trad. e notas Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

_____. *Ser e Tempo*. 3. ed. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008.

_____. *Carta sobre o humanismo*. São Paulo: Centauro, 2005.

_____. Identidade e diferença. In: _____. *Conferências e escritos filosóficos*. Trad. e notas Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

_____. O fim da filosofia e a tarefa do pensamento. In: _____. *Conferências e escritos filosóficos*. Trad. e notas Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

_____. *Seminários de Zollikon*. Editado por Medard Boss. Trad. Gabriela Arnhold e Maria de Fátima de Almeida Prado. Petrópolis: Vozes, 2001.

_____. Tempo e Ser. In: _____. *Conferências e escritos filosóficos*. Trad. e notas Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

INÁCIO, Inês e LUCA, Tânia Regina. *O Pensamento Medieval*. São Paulo: Ática, 1983.

IGLÉSIAS, Francisco. *Constituintes e constituições brasileiras*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.

JOBIM DO AMARAL, Augusto. *Violência e processo penal: crítica transdisciplinar sobre a limitação do poder punitivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

JORGE, Marco Antonio Coutinho. *Fundamentos da Psicanálise de Freud a Lacan*. 3.ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, trad. Paulo Quintela, Lisboa, Ed. 70, 1986.

LA BOÉTIE, Étienne de. *Discurso sobre a servidão voluntária*. São Paulo: RT, 2003.

LACAN, Jacques. *O Seminário: livro 3, psicoses*. 2. ed, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

_____. *O Seminário: livro 10, a angústia*. 2. ed, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

LEVI, Primo. *É isto um homem?* Trad. Luigi Del Re. Rio de Janeiro: Rocco, 1988.

_____. *Os afogados e os sobreviventes*. Trad. Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____; SANTIAGO, Nestor Eduardo Arauna. (Coord.) *A renovação processual penal após a Constituição de 1988: estudos em homenagem ao professor José Barcelos de Souza*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma introdução à história social e política do processo. In: WOLKMER, Antonio Carlos. (Coord.) *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Ampla defesa, contraditório e defesa efetiva. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 725, mar. 1996.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal: e sua conformidade constitucional*. v.1. v.2. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

_____. *Formas da razão: racionalidade jurídica e fundamentação do direito*. Curitiba: 1997, UFPR, Tese (Doutorado em Direito).

_____. *Da ética à filosofia política crítica na transmodernidade: reflexões desde a filosofia de Enrique Dussel*. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Repensando a teoria do estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 283-325.

_____. *Gadamer: a racionalidade hermenêutica – contraponto à modernidade*. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Crítica da modernidade: diálogos com o direito*. Florianópolis: Boiteux, 2005, p. 145-155.

_____. *Discurso e direito: o consenso e o dissenso*. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Direito e discurso: discursos do direito*. Florianópolis: Boiteux, 2006, p. 45-65.

_____. *Filosofia da Libertação*. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos Co-edição Renovar, 2006, p. 326-333.

_____. *A transformação jurídica na ótica da filosofia transmoderna: a legitimidade dos novos direitos*. In: *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, n. 41, 2004. p. 29-42.

_____. *Sociedade, Estado e Diversidade na América Latina*. In: *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, n. 43, 2005. – CD anexado.

_____. *A transformação da filosofia e a libertação*. In: *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, n. 44, 2006. p.43-59.

_____. *Filosofia e Filosofia do Direito*. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 1, n. 5, 2007. p. 69-96.

MACHADO, Luiz Alberto. *A Presunção constitucional de inocência*. *Revista da Faculdade de Direito*, Curitiba, v. 27, n.27, 1992/93.

MAIER, Júlio B. J. *Derecho Procesal Penal Argentino*. Buenos Aires: Hamumurabi S. R. L., 1989, t. 1, v. b.

MALAN, Diogo Rudge. *A sentença incongruente no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, n.30.

_____. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1999.

_____. O papel do novo juiz no processo penal. In: *Direito alternativo: seminário nacional sobre o uso alternativo do direito*. Rio de Janeiro, jun, 1993.

_____. Descrição judicial na dosimetria da pena: fundamentação suficiente. *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, Curitiba, n. 21, p. 145-161, 1993.

_____. Dogmática crítica e limite lingüísticos da lei. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (orgs.). *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Efetividade do processo e golpe de cena: um problema às reformas processuais. *Jurispoiesis – Revista Jurídica dos Cursos de Direito da Universidade Estácio de Sá*, Rio de Janeiro, a. 4, n. 5, p. 31-36, 2002.

_____. Glosas ao 'Verdade, dúvida e certeza', de Francesco Carnelutti para os operadores do direito. In: Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001-2002). Rio de Janeiro, 2002.

_____. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, a. 30, n. 30, 1998.

_____. Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal. In: MARQUES NETO, Agostinho Ramalho et all. *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEJ, 1996.

_____. O papel do juiz no novo processo penal. In: _____. (coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. O papel do pensamento economicista no direito criminal de hoje. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*; Curitiba, V. 31, p. 37-39, 1999.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Decisão penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. ; AROSO LINHARES, José Manuel. *Diálogos com a law and economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. ; CARVALHO, Thiago Fabris de. *Processo penal eficiente e ética da vingança: em busca de uma criminologia da não violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no processo penal*. Reimpressão. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997, v. 1 e 2.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. Interrogatório do réu e direito ao silêncio. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 694, ago. 1993.

MELLO, Baptista de. O silêncio no direito. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 751, mai. 1998.

MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. *Princípios Fundamentais do Processo Penal*. Revista dos Tribunais. São Paulo. 1973.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MORAES, Maurício Zanoide. Direito ao silêncio no interrogatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 6, abr./jun. 1994.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. Interrogatório do réu e direito ao silêncio. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 694, p. 303-309, ago. 1993.

NASIO, Juan-David. *Introdução às obras de Freud, Ferenczi, Groddeck, Klein, Winnicott, Dolto, Lacan*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995.

_____. (org.). *O silêncio em psicanálise*. Campinas: Papirus, 1989.

NEVES, Serrano. *O direito de calar*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960.

NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva.

NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ORLANDI, Eni Puccinelli. *As formas do silêncio: no movimento dos sentidos*. 4. ed. Campinas: Editora da UNICAMP, 1997.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo penal, o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

PEREIRA, Gisele Mendes. *O silêncio do acusado no processo penal brasileiro*. Curitiba, 2001. 211 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A lei: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru: Jalovi, 1983.

PILATTI, Adriano. *A constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*. Rio de Janeiro: PUC-RIO, Lumen Juris, 2008.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de; MELO GOMES, Marcus Alan de. *Ciências criminais: articulações críticas em torno dos 20 anos da constituição da república*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PIZZINATO, Alceu e SENISE, Maria Helena. *Historia Moderna e Contemporânea: a formação dos Estados Nacionais*. São Paulo: Ática, 1997.

PRADO, Geraldo. O direito ao silêncio. Jurispoiesis. *Revista dos Cursos de Direito da Universidade Estácio de Sá*, Rio de Janeiro, n. 1, mar./jul. 1999.

_____. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____; MALAN, Diogo. *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da constituição da república de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PUCHEU, Alberto. *Nove abraços no inapreensível: filosofia e arte em Giorgio Agamben*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2008.

QUEIJO, Maria Elisabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. 2. ed. 16. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

ROCHA JÚNIOR, Francisco de Assis do Rego. *Recurso especial e recurso extraordinário criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SAOZA, Osvaldo R. de. *Historia Antiga e Medieval*. 24. ed. São Paulo: Ática.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1995.

SELIGMANN-SILVA, Márcio. *História, memória, literatura: o testemunho na era das catástrofes*. São Paulo: Editora UNICAMP, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

_____. *A caminho de uma fundamentação pós-metafísica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

_____. *A questão do método na filosofia: um estudo do modelo heideggeriano*. 3 ed. Porto Alegre: Movimento, 1983.

_____. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

_____. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. (Coleção Filosofia, n. 114)

_____. *Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico*. Ijuí: UNIJUI, 2002.

_____. *Racionalidade e existência: uma introdução à filosofia*. São Paulo: L&PM, 1988.

_____. *Seis estudos sobre Ser e tempo*. Petrópolis: Vozes, 2005. 3.ed.

_____. *Seminário sobre a verdade: lições preliminares sobre o parágrafo 44 de Sein und Zeit*. Petrópolis: Vozes, 1993.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade a necessidade de respostas corretas em Direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

_____; BOLZAN DE MORAES, *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SUANNES, Adauto Alonso S. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004.

TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins; Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002.

TRISTÃO, Adalto Dias. *O interrogatório como meio de defesa: enfoque constitucional e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TORNAGHI, Hélio Bastos, *Instituições de processo penal*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1978, v. 1, 2, 3 e 4.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1, 2 e 3.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009.

_____. *Teoria do Direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: RT, 2002.

VATTIMO, Gianni. *Introdução a HEIDEGGER*. Trad. João Gama. Col. Pensamento e filosofia. Lisboa: instituto Piaget, 1996. 10. ed.

VIANNA, Túlio. *Transparência pública, opacidade privada: o direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

VICENTINO, Cláudio. *História Geral*. São Paulo: Scipione, 1991.

VELO, Joe Tennyson. *Ensaio sobre a história da criminologia comparada a da psiquiatria*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 29, 9. 269-300, jan./mar. 2000.

VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. v.1. 7.ed. rev. atual. 2. tir. São Paulo: RT, 2008.